Diebstahl und Unterschlagung
nach geltendem Recht und Entwürfen.

Unter Berücksichtigung sämtlicher Entwürfe
vom Vorentwurf 1909 bis zur Reichstagsvorlage 1927
und den Änderungen des 21. Reichstagsausschusses in
1. und 2. Lesung (IV. Wahlperiode 1930) bis zum Antrag
D. Dr. Kahl und Genossen (Nr. 395 der Reichstagsdruck-
sachen, V. Wahlperiode 1930).

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
Rechtswissenschaftliche Abteilung
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen
vorgelegt

von

Gerichtsreferendar Günter Steffens
in Oberhausen (Rhld.)

Druck der Buchdruckerei Eugen Göbel in Tübingen
1932

Referent: Prof. Dr. Schoetensack.

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juli 1932.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Diebstahl und Unterschlagung nach geltendem Recht und Entwürfen.

I. Abschnitt.

§ 1. Der einfache Diebstahl 9
§ 2. Diebstahlfähige Sache 9
§ 3. Die Wegnahme. (Gewahrsam oder Besitz) 12
§ 4. Die Absicht beim Diebstahl 15
§ 5. Die Zueignungsabsicht 16
§ 6. Die Bereicherungsabsicht 20
§ 7. „Sich oder einem Dritten . . .“ 23

II. Abschnitt.

§ 8. Der qualifizierte Diebstahl 24

a. Allgemeines.

b. In Anlehnung an das geltende Recht in den Entwürfen behandelte Tatbestände des schweren Diebstahls.

§ 9. Kirchendiebstahl 25
§ 10. Diebstahl unter Sicherungsbruch 27
§ 11. Verkehrsdiebstahl 28

c. Neue Tatbestände des schweren Diebstahls im E 27, die im geltenden Recht nicht bestehen.

§ 12. Diebstahl aus Sammlungen 30
§ 13. Diebstahl bei Unfällen 32
§ 14. Diebstahl an Betriebsmitteln 33
§ 15. Diebstahl an Sachen von öffentlichem Nutzen 34

d. Neue Tatbestände des schweren Diebstahls, die im geltenden Recht nicht bestehen und die aus dem E 25 nicht in den E 27 übernommen sind.

§ 16. Diebstahl aus unmittelbarem körperlichen Gewahrsam . . . 35
§ 17. Diebstahl an Gebäudeteilen 35

e. Diebstahlsverbrechen.

§ 18. Einbruchs- und Nachschlüsseldiebstahl 35
§ 19. Diebstahl mit Waffen 39
§ 20. Diebstahl zur Nachtzeit 41
§ 21. Bandendiebstahl 43

§ 22. Diebstahl im Rückfall 45
§ 23. Gewerbsmäßiger Diebstahl 45
§ 24. Räuberischer Diebstahl 46

III. Abschnitt.

Die privilegierten Diebstahls- und Unterschlagungsfälle nach geltendem Recht und Entwürfen.

§ 25. Familiendiebstahl 49
§ 26. Gesinde- oder Hausdiebstahl 51
§ 27. Notdiebstahl, bezw. Notunterschlagung 53
§ 28. Entziehung von Verbrauchsgegenständen 56

IV. Abschnitt.

§ 29. Unterschlagung im geltenden Recht und den Entwürfen 59
§ 30. Die negative Fassung des Gewahrsams in den Entwürfen mit Ausnahme des E 25 60
§ 30a. Fremde Sache? (Veruntreuung.) 62

V. Abschnitt.

§ 31. Unberechtigte Aneignung 64
§ 32. Dauernde Entziehung von Sachen 66
§ 33. Das Verhältnis der dauernden Entziehung von Sachen und der unberechtigten Aneignung zu den andern Eigentumsdelikten . . 68

Anhang.

Kurzer Überblick über die Geschichte des Diebstahls und der Unterschlagung, sowie über ihre Behandlung in den wichtigsten außerdeutschen Gesetzbüchern.

VI. Abschnitt.

§ 34. Geschichtlicher Überblick 69

VII. Abschnitt.

§ 35. Überblick über die Behandlung von Diebstahl und Unterschlagung in den wichtigsten außerdeutschen Gesetzbüchern. (Schweiz, Frankreich, Belgien, Luxemburg, Italien, England, Niederlande, Norwegen) 73

Literatur-Verzeichnis.

A. Lehrbücher und Kommentare.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 8. Auflage. Leipzig 1922 mit Nachtrag von 1926.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Band I. Leipzig 1902.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 8. Auflage. Tübingen 1931.

Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin und Leipzig 1922.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Band II. Bonn 1884.

Kohler, Leitfaden des deutschen Strafrechts. Leipzig 1912.

v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Auflage. Berlin und Leipzig 1927.

Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich.

v. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin 1901. 11. Auflage 1927. Neubearbeitet von Niethammer usw.

Reichsstrafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Erläutert von Ebermayer, Lobe, Rosenberg. Berlin 1929. 4. Auflage.

Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, II. Auflage. 1874.

Schwartz, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin 1914.

Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1914.

B. Sonstige strafrechtliche Abhandlungen.

Aschrott-Kohlrausch, Die Reform des Strafrechts. Kritische Besprechungen des amtlichen Entwurfs eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs. Berlin und Leipzig 1926.

v. Bar, Über die Absicht rechtswidriger Zueignung beim Diebstahl. In Magazin für deutsches Recht der Gegenwart. Bd. 4.

Bührer, Die Fundaneignung nach dem Reichsstrafgesetzbuch und dem Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, in Goltda. Archiv. Bd. 59. S. 435 ff.

Bekker, in Jherings Jahrbüchern. Bd. 34. S. 65.

Bunge, Der italienische Vorentwurf zu einem neuen Strafgesetzbuch. Berlin 1928.

Dörr, Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. Strafrechtl. Abh. Bd. 3. Breslau 1897.

Eckstein, Über den Begriff der strafrechtlichen Zueignung. Ger. Saal Bd. LXXX. S. 283.

Eckstein, Zur Lehre vom schweren Diebstahl. Goltda. Arch. Bd. 61. S. 284.

Ewald, Die Abgrenzung der beiden Delikte Diebstahl und Unterschlagung von einander. Diss. Freiburg 1899.

Finger, Die Reichstagsvorlage des amtlichen Entwurfs eines deutschen Strafgesetzbuches.

Finger, Das Strafrecht unter Berücksichtigung des Entwurfs zu einem Strafgesetzbuch. Bd. II. 1914, in Compendien des österreichischen Rechts.
Feulner, Der Diebstahl nach dem geltenden Recht, dem VE und GE unter besonderer Berücksichtigung der subjektiven Seite. Diss. Erlangen 1912.
Feuerbach, Lehrbuch des in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Gießen 1803.
Gebauer, Der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände. Diss. Breslau 1892.
Gerland, Der Entwurf 1925. Allgem. Teil. Krit. Bemerkungen 1925.
Goldschmidt, Aus der Lehre vom Diebstahl. Goltda. Arch. Band 47. S. 348.
Goltdammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten. Teil II. Berlin 1852.
Graf Gleispach, in Aschrott' Kohlrausch Reform. (S. d.) 1926. S. 200 f.
Höpfner, Diebstahl und Unterschlagung im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetz. Berlin 1910.
Harburger, Vergleichende Darstellungen. Diebstahl und Unterschlagung. Besonderer Teil. Bd. VI. S. 187 ff.
v. Hotzendorff's Handbuch des deutschen Strafrechts. In Einzelbeiträgen herausgegeben von v. Holtzendorff. Berlin 1872. (H. H.)
Hofmann, Diebstahl und Unterschlagung im amtlichen Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches. Diss. Tübingen 1928.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 34.
Klett, Diebstahl und Unterschlagung unter Berücksichtigung sämtlicher Entwürfe. (Vorentwurf 1909 bis Entwurf 1927). Diss. Tübingen 1928.
Kohlrausch, in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft unter Diebstahl. Herausgegeben von Stier-Somlo und Elster. Bd. 2. S. 43 ff.
Krebs, Über den Begriff der Zueignung bei Diebstahl und Unterschlagung. Diss. Breslau 1915.
Lammasch-Rittler, Grundriß des österreichischen Strafrechts. Wien 1926.
v. Lilienthal, Der Diebstahl als Bereicherungsdelikt. Zeitschr. f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 32. S. 1. f.
Lobe, Über den Einfluß des bürgerlichen Gesetzbuches auf das Strafrecht. Leipzig 1898.
Mayer, Hellmuth, Die Untreue. München 1926.
Mannheim, in Aschrott-Kohlrausch. Reform d. Str. R. 1926. S. 341.
Merkel, Adolf, Die Eigentumsverbrechen, in H. H. Bd. 3. Diebstahl und Unterschlagung.
Merkel, Die Vermögensschädigung beim Betrug. Diss. Erlangen 1900.
Neumann, Wirtschaftliche Grundbegriffe. Handbuch der politischen Ökonomie, 4. Auflage. Tübingen 1896. Bd. 1. S. 148.
Mittermaier, in Reform des Reichsstrafgesetzbuches Aschrott.-v. Liszt. Bd. II. S. 346 ff. 1910.
Quistorp, Grundsätze des peinlichen deutschen Rechts. Herausg. Konopak. Leipzig 1812.
Redlob, in Zeitschr. f. d. ges. Str. R. W. Bd. 30 S. 205 ff Der zivilrechtliche Besitzbegriff und der strafrechtliche Gewahrsam.
Saerbeck, Das Wesen der Zueignung. Diss. Erlangen 1928.
Sauer, Der Zueignungsbegriff, in Goltda. Arch. Bd. 63. S. 284 ff.
Sauer, Schließen sich Diebstahl und Sachbeschädigung begrifflich aus? Diss. Halle 1908.
Schäfer, in Jur. Rundschau. 2. Jahrgang. Berlin 1926. Nr. 3. Sp. 141 ff.
Schappei, Der Zueignungsbegriff im geltenden Strafgesetzbuch. Diss. Erlangen 1928.

Schier, Historische Entwicklung der durch Zueignung begangenen Verbrechen gegen das Eigentum. Diss. Erlangen 1925.
Schmidt, Der Einfluß des bürgerlichen Gesetzbuches auf das Strafrecht. D. J. Z. 1900. S. 147 f.
Seidel, in Monatsschrift für Kriminalpsychologie. 9. 206.
Siebert, Beitrag zu der Lehre von der Zueignung im Strafrecht. Diss. Freiburg 1929.
Siebert, Der strafrechtliche Besitzbegriff. Akad. Preisschrift. in strafrechtl. Abhandlungen. Herausgegeben v. Schoetensack. Breslau 1928.
Stooß, Grundzüge des schweizerischen Strafrechts. Bd. II. Basel 1893.
Ullmann, Über den Dolus beim Diebstahl. Mannheim 1870.
Weber, Die wichtigsten Beschlüsse des Strafrechtsausschusses zum besonderen Teil des Strafgesetzbuches, in G. S. XCIX. S. 280 ff.
Weber, Die Vermögensverbrechen nach dem Entwurf von 1927.
Zimmer, Der Zueignungsbegriff. Diss. Halle 1913.

C. Gesetzbücher und Materialien.

Hals- oder Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. Consttutio Criminalis Carolina. Herausgeg. v. C. Müller, Leipzig.
Sachsenspiegel.
Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Berlin 1835. Druck bei Nauck.
Motive zum Entwurf eines Strafgesetzbuches für die preuß. Staaten. 1851/52.
Entwurf zum preuß. Strafgesetzbuch v. 1836.
„ „ „ „ v. 1843.
„ „ „ „ v. 1847.
Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, nebst Motiven und Anlagen. Berlin 1869/70.
Reichsstrafgesetzbuch v. 15. 5. 1871.
Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch nebst Begründung. 1909. (Zit. V. E.)
Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, mit Begründung. 1911. (Zit. G. E.)
Kriegmann, Anhang zur Begründung des G. E. Über die Einarbeitung der Nebengesetze in das Strafgesetzbuch.
Entwurf der Strafrechtskommission. 1913. (Zit. K. E.)
Entwurf von 1919 mit Denkschrift. (Zit. E. 19).
Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung. 1925. (E. 25).
Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung. 1927. (Zit. E. 27).
Regierungsentwurf eines österr. Strafgesetzbuches. 1912.
Vorentwurf zu einem österr. Strafgesetzbuch und zum Einführungsgesetz. 1909.
Österr. Strafgesetzbuch v. 27. 5. 1852.
Zusammenstellung des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches Nr. 395, der Drucksachen, mit der Regierungsvorlage von 1927 Nr. 3390, der Drucksachen der III. Wahlperiode, und den Beschlüssen d. 21. Ausschusses der IV. Wahlperiode in erster und zweiter Lesung. Nr. 2 d. Reichstagsdrucksachen. V. Wahlperiode 1930. 18. Ausschuß.
Antrag. D. Dr. Kahl und Genossen, Nr. 395 der Reichstagsdrucksachen. V. Wahlperiode. 1930.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Bd.	3.	Seite	209.	Bd.	44.	Seite	232
„	6.	„	244.	„	49.	„	140.
„	6.	„	394	„	50.	„	74
„	5.	„	7.	„	50.	„	183.
„	10.	„	391.	„	50.	„	254.
„	13.	„	27.	„	52.	„	145.
„	19.	„	147.	„	53.	„	73.
„	23.	„	75.	„	53.	„	144.
„	24.	„	23.	„	53.	„	269.
„	29.	„	111.	„	54.	„	232
„	32.	„	178.	„	55.	„	59.
„	33.	„	57.	„	56.	„	90.
„	40.	„	1.	„	56.	„	117
„	41.	„	74.	„	56.	„	207.
„	60.	„	380.	„	63.	„	378

E. Zeitschriften u. s. w.

Deutsche Juristenzeitung.
Juristische Wochenschrift.
Der Gerichtssaal.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß.
Juristische Rundschau.
Strafrechtliche Abhandlungen.
Das Recht.

I. Abschnitt.

§ 1. Der einfache Diebstahl.

Eine Definition des Diebstahlsbegriffes fehlt heute noch in dem Strafrecht von England, Schweden, Dänemark und Japan [1]). Im Anschluß daran ist wohl die Frage aufgeworfen worden, ob wir nicht ebenso wie diese Staaten ohne eine Legaldefinition des Begriffes auskommen könnten [2]). Die Praxis hat jedoch die Notwendigkeit des Vorhandenseins einer Definition ergeben, denn es hat sich herausgestellt, daß eine feste Vorstellung von dem Wesen des für den Begriff „Diebstahl" Typischen in der Volksauffassung nicht einwandfrei nachzuweisen ist und auch wohl nicht vorhanden ist. Das geht auch schon daraus hervor, daß sich die Verfechter einer Änderung der Diebstahlsbestimmungen des geltenden Rechts ebenso auf die Volksmeinung berufen, wie diejenigen Vertreter von Wissenschaft und Praxis, welche für eine Beibehaltung der gegenwärtigen Bestimmungen eintreten.

Hieraus ergibt sich, daß mangels einer einheitlichen Vorstellung vom Wesen des Diebstahls eine Definition im Gesetze nicht zu entbehren ist. Weiter ergibt sich, daß die Berufung auf die Volksauffassung zur Begründung des Verlangens nach einer Abänderung der Legaldefinition des geltenden Strafgesetzbuches nicht stichhaltig sein kann, da eine feste Auffassung über das Wesentliche beim Diebstahlsbegriff im Volke nicht besteht.

Um eine Abänderung der Bestimmungen des geltenden Rechts zu rechtfertigen, müßte sich also herausgestellt haben, daß sich diese Bestimmungen nicht bewährt haben, vielmehr derart verbesserungsbedürftig sind, daß eine andere Fassung notwendig erscheint.

§ 2. Diebstahlsfähige Sache.

§ 242 RStGB. bestraft wegen Diebstahl denjenigen, der eine fremde bewegliche Sache einem andern in der Absicht wegnimmt, sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen.

---

[1]) Harb. Bes. Teil VI. S. 224.

[2]) Dörr. a. a. O. S. 120. Merkel in H. H. III. S. 631. Ullmann a. a. O. S. 40. Anm. 80.

An den äußeren Tatbestandsmerkmalen der Handlung wird durch die einzelnen Entwürfe zu einem neuen Strafgesetzbuch nichts geändert, es bleibt bei der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache. Einer gewissen Wandlung ist dagegen das Objekt des Diebstahls, die diebstahlsfähige Sache in der Fassung der Entwürfe unterworfen.

Grundsätzlich muß allerdings auch weiterhin Gegenstand des Diebstahls eine körperliche Sache sein, d. h. Sache = raumfüllender, körperlicher Stoff. Der Aggregatzustand ist gleichgültig. Demnach können nicht Gegenstand des Diebstahls sein: 1. Rechte und Forderungen, sowie gedankliche Güter, wie literarisches Eigentum, Erfindungen, ideelle Vermögensbestandteile u. dgl., 2. Kräfte und Energien.

Die durch die bekannten Entscheidungen des Reichsgerichts von 1886 und 1899 [3]) in dem Sinne entschiedene Streitfrage, ob Diebstahl an Elektrizität möglich sei, ist zwar für das geltende Recht dadurch erledigt, daß das Gesetz vom 2. IV. 1900 gesonderte Strafbestimmungen für den Diebstahl an elektrischer Energie aufstellt, für die Entwürfe zu einem neuen Strafgesetzbuch ist die Frage jedoch erneut aufgeworfen worden:

Der VE faßt in § 12 Abs. 5 unter „Sache" im Sinne des Gesetzes auch die in einer elektrischen Anlage oder Einrichtung enthaltene Energie. Nach dem Ergebnisse neuerer Forschung kann es zwar zweifelhaft sein, ob Elektrizität tatsächlich Sache im eigentlichen Sinne des Wortes ist oder nicht, jedenfalls ist die Lösung des VE. glücklicherweise wieder aufgegeben worden.

Von neueren Gesetzgebungswerken enthält meines Wissens nur der italienische Vorentwurf zu einem neuen Strafgesetzbuch von 1927 im Anschluß an den Diebstahl [4]) eine Bestimmung über die Elektrizität. Im Gegensatz zum VE. hat man sich in den späteren Entwürfen doch dazu entschlossen [5]), die strafrechtlichen Nebengesetze, wie auch das erwähnte Gesetz vom 2. IV. 1900, nicht in das neuzuschaffende Strafgesetzbuch aufzunehmen [6]), weil diese Gesetze der Änderung dauernd unterworfen sein müssen, um sich der jeweiligen Lage der Wirtschaft und dem Stande der Wissenschaft anzupassen. Nähme man die strafrechtlichen Nebengesetze in das Strafgesetzbuch auf, würde eine ständige Abänderung der einzelnen Bestimmungen des Strafgesetzbuches erforderlich werden, was doch zweckmäßigerweise bei einem derartigen für die Dauer geschaffenen Gesetzbuch zu vermeiden ist. Im Gegensatz zu dem italienischen Vorentwurf, der die Elektrizität als be-

---

[3]) RGStr. Bd. 29. S. 112; Bd. 32. S. 178.

[4]) Ital. V. E. 1927. 12. Titel. Art. 642. (Die gleiche Strafe wie beim Diebstahl trifft denjenigen, der die elektrische Kraft einer Anlage, die er in Benutzung hat, außerhalb des Meßapparates entzieht).

[5]) Denkschrift z. E. 19. S. 301 f.; Begr. zu. E. 25. S. 151, Begr. z. E. 27. S. 164.

[6]) Vgl. Kriegmann. Anh. z. Begr. d. G. E.

sonderen Tatbestand bei den Diebstahlsbestimmungen behandelt [7]), enthält jedoch die Regelung des VE. noch den besonderen Nachteil, daß hier mit einer Fiktion gearbeitet wird, welche geeignet erscheint, die scharfe Grenze zwischen Gebrauchs- und Sachdiebstahl zu verwischen [8]); wie es überhaupt im Interesse der Klarheit der Begriffe möglichst vermieden werden sollte im Strafrecht mit Fiktionen zu arbeiten. Mit Recht ist also eine Bestimmung über die Entziehung elektrischer Energie in den letzten Entwürfen, wie auch im E 27 nicht mehr enthalten.

Ebensowenig wie Rechte und Forderungen, sowie Kräfte und Energien Gegenstand des Diebstahls sein können, ist der Mensch diebstahlsfähige Sache nach geltendem Recht und den Entwürfen.

Die Wegnahme eines lebenden Menschen ist Gegenstand gesonderter Delikte, wie §§ 234, 235, 236 RStGB. (Menschenraub, Kinderraub, Entführung wider Willen), ebenso ist die Wegnahme einer Leiche nach besonderer Vorschrift unter Strafe gestellt (§ 168 StGB.). Diebstahlsfähige Sache kann hiernach nur eine verkehrsfähige Sache sein. Zwar nicht der menschliche Körper als Ganzes, wohl aber einzelne Teile desselben, wie abgeschnittenes Haar oder amputierte Gliedmaßen, können, d. h. einzeln und von Körper getrennt, Gegenstand des Diebstahls sein. Die Frage, ob derartige Körperteile fremde Gegenstände sind, ist weiter unten zu behandeln. Ebenso ist die Streitfrage, ob die diebstahlsfähige Sache Geldwert haben muß oder nicht, weiter unten zu behandeln.

Eine weitere Voraussetzung, die eine Sache zum Diebstahl geeignet macht, ist, daß die Sache beweglich ist. Nicht notwendig muß sie schon vor der Tat beweglich sein, zur Erfüllung der Tatbestandsmerkmale genügt es, wenn die Sache durch die Tat zur beweglichen wird, wie z. B. bei dem Diebstahl von Gebäudeteilen, die zum Zwecke der Wegnahme und Zueignung vom Täter von dem Gebäude abgelöst werden.

Auch daran, daß der Diebstahl eine f r e m d e Sache voraussetzt, wird in den Entwürfen im Verhältnis zum geltenden Recht nichts geändert. Es muß sich um Gegenstände handeln, die im Eigentum, wenigstens im Miteigentum eines anderen stehen. Demnach liegt kein Diebstahl vor, wenn der Täter seine eigene Sache einem andern entzieht, wenn er auch damit vielleicht ein Recht des andern an der Sache, wie Pfandrecht, Nutznießungsrecht oder dgl. verletzt. Auch herrenlose Sachen, d. h. solche, die in niemandes Eigentum stehen, sind nicht geeignet, Objekt des Diebstahls zu sein.

Die Entwürfe von 1925 und 1927 verändern den Sachbegriff durch die Einführung der Bereicherungsabsicht bei Diebstahl und Unterschlagung insofern, als bei Bereicherungsabsicht Diebstahlsobjekt

---

[7]) Vgl. zu dieser Formulierung. Binding. Lehrb. § 69. S. 258.
[8]) A s c h r o t t - K o h l r a u s c h. Reform d. Str. R. Berlin 1926. S. 13.

nicht jede Sache, sondern nur eine Sache von Geldeswert sein kann. Hierüber wird noch bei der Bereicherungsabsicht zu sprechen sein.

§ 3. Die Wegnahme. (Gewahrsam oder Besitz?)

Von dem äußeren Tatbestand der Unterschlagung unterscheidet sich der Diebstahl in seinen äußeren Tatbestandsmerkmalen dadurch, daß der Täter die fremde bewegliche Sache einem andern „wegnehmen" muß.

Nach herrschender Lehre bedeutet „wegnehmen" den Bruch fremden Gewahrsams und die Begründung eigenen Gewahrsams. Die Entwürfe gebrauchen z. T. zur Erläuterung des Wegnehmens den Ausdruck „Gewahrsam"; so z. B. der VE.[9]) und der E 25[10]), der als qualifizierten Diebstahl auch den Diebstahl „aus unmittelbarem körperlichen Gewahrsam" erwähnt, in E 25 sollte hiermit der Taschendiebstahl als schwerer Diebstahl besonders qualifiziert werden. Ein sachlicher Unterschied sollte durch die veränderte Fassung des VE. „wer aus dem Gewahrsam eines andern wegnimmt" im Verhältnis zu dem „wer einem andern wegnimmt" des geltenden Rechts nicht begründet werden. Der Ausdruck „Gewahrsam" ist in § 215 des preuß. Strafgesetzbuches von 1850, der wörtlich mit § 242 RStGB. übereinstimmt, nur deshalb nicht gebraucht worden, weil das Wort Gewahrsam bei der Unklarheit der landrechtlichen Lehre vom Besitz möglichst vermieden werden sollte[11]).

Wenn zwar auch im allgemeinen Wegnahme = Bruch fremden Gewahrsams und Begründung eigenen Gewahrsams gesetzt wird[12]), so bestehen doch über den Begriff des Gewahrsams immer noch verschiedene Streitfragen, die leider auch durch die Entwürfe nicht beseitigt sind, obwohl durch eine kurze Definition des Begriffes im allgemeinen Teil des neuen Strafgesetzbuches, etwa unter „Sprachgebrauch des Gesetzes", diese Kontroverse ein für alle mal zu erledigen gewesen wäre.

Schon vor der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches war es anerkannte Auffassung, daß der Gewahrsam ein rein strafrechtlicher Begriff ist, zu dessen Deutung ein zivilrechtlicher Besitzbegriff nicht herangezogen werden durfte[13]).

Nach Einführung des BGB. wurde die Frage wieder aufgeworfen,

---

[9]) V. E. § 269 ... wer eine fremde bewegliche Sache aus dem Gewahrsam eines andern wegnimmt ...

[10]) E. 25 § 297 Ziff. 2.

[11]) Goltdammer, Materialien II. S. 459.

[12]) Liszt-Schmidt, § 127 Anm. 13.— a. A. Merkel in H. H. S. 643, der den Bruch fremden Gewahrsams ohne Begründung eigenen Gewahrsams genügen lassen will.

[13]) Schütze a. a. O. S. 427. Anm. 5. Hälschner Dtsch. Str. R. Bd. II, S. 283. Ewald. a. a. O. S. 17. RGStr. Bd. 23. S. 75.

ob nicht der neue aufgestellte Besitzbegriff nunmehr mit dem strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff identisch sei [14]). Daß eine derartig allgemeine Gleichstellung des strafrechtlichen und zivilrechtlichen Begriffs nicht richtig sein kann, ergibt sich aus § 857 BGB. Denn, wenn man die beiden Begriffe gleichstellt, würde, da nach dieser Vorschrift der Besitz auf den Erben übergeht, die Beraubung eines Toten Diebstahl den Erben gegenüber sein. Das würde sogar dann der Fall sein, wenn der Tote etwa bei einem Unfall ums Leben gekommen ist und mutterseelenallein auf der Landstraße liegt [15]). Denn auch in diesem Fall hätte der Erbe des Toten Gewahrsam an dessen Sachen, da er ja nach § 857 BGB. als Besitzer der Sachen gilt.

Um dieser Konsequenz, die sich aus einer allgemeinen Gleichstellung von Besitz und Gewahrsam im Straf- und Zivilrecht ergibt, zu entgehen, wollen daher Goldschmidt [16]) und Schmidt [17]) den zivilrechtlichen „Besitz" und den strafrechtlichen „Besitz" gleichstellen, soweit er in den §§ 854, 855 BGB. aufgestellt ist, die Besitzfiktion des bürgerlichen Rechts in den §§ 857 und auch 868 [18]) BGB. soll nur Bedeutung für das Zivilrecht haben.

Nach heute herrschender Meinung ist der strafrechtliche Gewahrsamsbegriff von dem zivilrechtlichen Besitzbegriff unabhängig [19]), ein spezifisch strafrechtlicher Begriff [20]). Auch das Reichsgericht hat in verschiedenen Entscheidungen nach dem Erscheinen des BGB. diesen Standpunkt erneut vertreten [21]). Dieses vorausgeschickt, erscheint es allerdings auch praktisch, den Gewahrsamsbegriff von jeder zivilrechtlichen Betrachtungsweise zu lösen, und ihn selbständig ohne Bezugnahme auf bürgerlichrechtliche Vorschriften zu definieren.

Für den Gewahrsamsbegriff gibt es heute eine objektive und eine subjektive (Willens-)Theorie. Nach objektiver Auffassung ist der Gewahrsam lediglich ein räumliches Verhältnis zum Gegenstand, es genügt hier die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit, die Möglichkeit der Herrschaftsausübung ohne Berücksichtigung des Herrschaftswillens [22]). Die herrschende Lehre verlangt jedoch mit der Willenstheorie neben der Möglichkeit tatsächlicher Einwirkung auf die Sache, neben dem räumlichen Herrschaftsverhältnis, einen Herrschaftswillen [23]). Der Herrschaftswille braucht sich allerdings nicht auf einen

---

[14]) Zustimmend vor allem Redslob. Z. f. Str. Bd. 30. S. 223.
[15]) So z. B. Kohler (Leitf.) S. 117. III.
[16]) Goldschmidt i. G. A. Bd. 47. S. 353.
[17]) Schmidt. d. Einfluß d. B. G. B. a. d. Str. R. i. D. J. Z. 1900. S. 149 f.
[18]) § 868 BGB. = mitelbarer Besitz.
[19]) Meyer — Allfeld § 88 Anm. 33.
[20]) Frank, Komm. § 242. IV.
[21]) RGStr. Bd. 50. S. 183. Bd. 52. S. 145.
[22]) RGStr. Bd. 56. S. 117.
[23]) Binding, Lehrb. I. S. 286. Frank, Komm. § 242 IV. Lisz-Schm., Lehrb. § 127. III.

einzelnen Gegenstand speziell zu beziehen, er ist vielmehr generell an allen in die Verfügungsgewalt des Gewahrsamsinhabers gelangten Sachen anzunehmen, soweit generell mit dem Herrschaftswillen zu rechnen ist. Nicht erstreckt sich dieser allgemeine Herrschaftswille dagegen auf Gegenstände, die gegen oder ohne seinen Willen in den Herrschaftsbereich des Berechtigten gelangt sind, etwa solche Gegenstände, welche ihm heimlich in die Rocktasche geschoben worden sind.

Eine Mittelstellung zu dieser Frage nimmt z. B. Siebert ein[24]). Er beurteilt das Vorhandensein des Gewahrsams zwar grundsätzlich nach dem rein äußerlichen Merkmal des Bestehens der tatsächlichen Gewalt und steht insoweit auf dem Boden der objektiven Gewahrsamstheorie. Gewahrsam setzt jedoch nach seiner Ansicht weiter voraus, daß aus der Art der Innehabung der tatsächlichen Gewalt erkannt werden kann, daß ein Beherrschungswille vorhanden ist. Demnach braucht ein Beherrschungswille nach Sieberts Ansicht tatsächlich nicht vorzuliegen um den Gewahrsam zu begründen. Der Wille wird nach formellen Gesichtspunkten als unwiderlegbare Vermutung angenommen, falls er nach außen nur dem Anschein nach vorhanden ist.

Um ein für alle mal den Schwierigkeiten, die sich aus der fehlenden Legaldefinition des Gewahrsamsbegriffes ergeben, aus dem Wege zu gehen und unmißverständlich klarzustellen, daß Gewahrsam mit dem zivilrechtlichen Besitzbegriff nichts zu tun hat, vielmehr ein spezifisch strafrechtlicher Begriff ist, um weiterhin für die Zukunft alle Streitfragen über die Rechtsnatur des Gewahrsams, ob die objektive oder die subjektive (Willens-)Theorie maßgebend sein soll, aus der Welt zu schaffen, wäre zu empfehlen, in den neuen Strafgesetzentwurf eine Legaldefinition des Gewahrsams aufzunehmen. In § 9 des E 27, welcher unter Sprachgebrauch die verschiedenartigsten Dinge definiert, könnte unter Ziffer 11 recht gut auch noch der Gewahrsamsbegriff definiert werden.

Ich würde vorschlagen, bei der Definition der subjektiven Theorie, die wohl heute als die herrschende angesehen werden kann, zu folgen und folgende Definition zu wählen:

§ 9. Im Sinne dieses Gesetzes ist . . . . .

11. Gewahrsam das vom Herrschaftswillen getragene Verhältnis einer Person zur Sache, vermöge dessen die Person in der Lage ist, über die Sache tatsächlich zu verfügen.

Durch eine derartige Legaldefinition würde der Streit aus der Welt geschafft, der bisher zwischen der Praxis des Reichsgerichts[25]) und einer überwiegenden Ansicht in der Literatur besteht[26]).

---

[24]) Siebert, a. a. O. S. 60 ff.

[25]) RGStr. Bd. 54. S. 232 f. Bd. 56. S. 207,

[26]) Frank, § 242 IV. Liszt-Schmidt, § 127 III. Meyer-Allfeld, § 88. 5.

§ 4. Die Absicht beim Diebstahl.

Subjektiv verlangt der Diebstahlsbegriff die Absicht, sich rechtswidrig zuzueignen. Während die Entwürfe an den objektiven Tatbestandsmerkmalen im allgemeinen nur geringfügige Änderungen, z. B. beim Sachbegriff, vornehmen, besteht über die Fassung des subjektiven Tatbestandes beim Diebstahl nach wie vor keineswegs Einigkeit, die Entwürfe regeln diese Frage auch in der verschiedensten Weise.

Die herrschende Lehre [27]) und das Reichsgericht [28]) stehen im Gegensatz zu Binding [29]) für das geltende Recht auf dem Standpunkt, daß die Absicht beim Diebstahl im Sinne eines über den Vorsatz hinausreichenden Beweggrundes zu verstehen ist; in Konsequenz hierzu wird dann allerdings auch behauptet, daß die Zueignung begrifflich ein nach der Tat liegendes Verhalten sei, der Diebstahl also in Wahrheit nur eine Vorbereitungshandlung zur vollendeten Zueignung unter Strafe stelle. Dem ist für das geltende Recht im Gegensatz zu Binding zuzustimmen. Denn das Gesetz gibt nach Sinn und Wortlaut keine Veranlassung, der Auffassung Bindings zu folgen, der annimmt, daß Diebstahl in Wahrheit nicht Wegnahme in der Absicht sich zuzueignen, sondern tatsächlich Zueignung durch Wegnahme sei, der Diebstahl also tatbestandsmäßig vollendete Zueignung verlange.

Begründet wird die Ansicht Bindings damit, daß es nicht möglich sei, bei der Handlung die Zueignung und die Wegnahme zu trennen. Es mag sein, daß tatsächlich in den meisten Fällen die Wegnahme in der Absicht sich zuzueignen mit der Zueignung zusammenfällt. Theoretisch ist hier jedoch, wie der Wortlaut der Bestimmung beweist, nach dem Willen des Gesetzgebers zwischen diesen beiden Vorgängen zu trennen. Die Tatsache, daß wir ein sicheres Beweismittel, für die Zueignung erst in der Besitzergreifung haben, diese jedoch meist mit der Wegnahme zusammenfällt, mag Grund dafür sein, daß die Auffassung vertreten wird, Diebstahl verlange de lege lata vollendete Zueignung. Begrifflich ist jedoch zwischen der Wegnahme in Zueignungsabsicht und der Gewahrsamsbegründung als Indizium für die Absicht der Zueignung zu scheiden.

Schärfer noch als bisher tritt die oben erwähnte Scheidung der Begriffe bei dem Entwurf von 1927 hervor. Dieser verlangt Wegnahme in der Absicht, sich durch die Zueignung unrechtmäßig zu bereichern. Hier wird die Zueignung noch schärfer als in der Fassung des geltenden Rechts von der Wegnahme getrennt. Man hat aus diesem Grunde noch eigens die Zueignung in den Tatbestand aufgenommen, nachdem Mannheim [30]) für den Entwurf 1925 darauf

[27]) Liszt-Schm., § 127. V. — [28]) RGStr. Bd. 49. S. 140.
[29]) Binding, Lehrb. I. S. 285.
[30]) Mannheim, Reform 1926. S. 341.

hingewiesen hatte, daß die dort gewählte Fassung „wer . . . . wegnimmt in der Absicht, sich d a m i t zu bereichern . . .“ zu Mißverständnissen Anlaß geben könnte, welche durch eine schärfere Fassung und Trennung der Begriffe „Wegnahme“ und „Zueignung“ vermieden werden könnten. Die Fassung des Entwurfs 1927 spricht gegen die Ansicht Bindings, der beim Diebstahl vollendete Zueignung annehmen will.

Diebstahl ist nach geltendem Recht ebenso wie nach sämtlichen Entwürfen eine durch gesetzliche Bestimmung strafbare Vorbereitungshandlung zur Zueignung eines fremden Gegenstandes. Diese Zueignung erfolgt durch Wegnahme.

§ 5. Zueignungsabsicht.

Mit der Begründung, daß im Entwurf die Täterpsyche stärker berücksichtigt werden sollte, unter dem Motto „Täterstrafe statt Tatstrafe“, wird der Streit, ob Diebstahl und Unterschlagung Eigentums- oder Vermögensdelikte sind, im Sinn der Vermögensdeliktstheorie entschieden. Ob mit Recht und zum Vorteil der Klarheit der Begriffe, soll im folgenden erörtert werden.

Schon im geltenden Recht war der Begriff der Zueignungsabsicht, wie ihn der Diebstahlstatbestand enthält, streitig [31]).

Bei der Frage, ob die Zueignung sich auf die Sachsubstanz oder auf den Sachwert zu beziehen hat, scheiden sich die grundsätzlich verschiedenen Auffassungen über den Begriff von Diebstahl und Unterschlagung.

Die noch in der Begründung des preuß. Strafgesetzbuches enthaltene Auffassung [32]), daß die Zueignungsabsicht als begriffliches Erfordernis die Bereicherungsabsicht enthalte, wird heute nicht mehr vertreten [33]). Nach der preuß. Obertribunalsentscheidung ist die Bereicherungsabsicht oder Gewinnsucht beim Vorhandensein der Zueignungsabsicht stillschweigend zu unterstellen. Bei Fehlen der Gewinnsucht ist nach dieser Auffassung mangels Vorhandenseins einer begrifflichen Voraussetzung, Diebstahl nicht anzunehmen.

Nach heutiger Auffassung betrifft die Zueignung das Verhältnis des Einzelnen zur Sache, während die Bereicherung das Verhältnis des Einzelnen zu seinem Vermögen betrifft. Während also noch die Begründung des preuß. Gesetzbuches sowie die Obertribunalsentscheidung das Motiv der Tat, die gesinnungsmäßige innere Grundlage der Tat berücksichtigt, ist der jetzige Streit um den Zueignungsbegriff bei Sachwert und Substanztheorie ein Streit um den Zweck der Tat, Zueignung des Sachwertes oder der Sachsubstanz.

---

[31]) Siehe H a r b u r g e r , a. a. O. S. 210.
[32]) G o l t d a m m e r , Materialien. II. S. 465.
[33]) Preuß. Obertribunal in Goltda. Arch. XII. S. 285.

Nach der heute wohl vom größten Teil der Literatur [34]), sowie nach anfänglich anderer Ansicht [35]) nun auch vom Reichsgericht [36]) vertretenen Ansicht, ist die Zueignung die Verschaffung des wirtschaftlichen Wertes einer Sache unter Ausschluß des Berechtigten. Ausgehend von einigen streitigen Fällen, wie z. B. der Wegnahme eines Sparkassenbuches, der Wegnahme wertloser Sachen, sowie der Wegnahme zum Zwecke der Zerstörung, glauben die Anhänger der Sachwerttheorie bei der Zueignung, daß diese Fälle mit Hilfe der Sachsubstanztheorie nicht richtig beurteilt werden könnten. Das RG. sieht in ständiger Rechtsprechung die Wegnahme eines Sparkassenbuches als Diebstahl an, weil der wirtschaftliche Wert der Sache zugeeignet werde. Dieses Beispiel wird von den Verfechtern der Sachwerttheorie als typisch für die Unzulänglichkeit der Sachsubstanztheorie angesehen. Diebstahl könne nach der Auffassung der Sachsubstanztheorie nicht vorliegen, weil der Täter nicht sich das Buch habe zueignen wollen, vielmehr nur vorgehabt habe, von dem Buch den zweckentsprechenden Gebrauch zu machen, indem er das Geld abhebe. Die Verfechter der Sachwerttheorie, welche in diesem Falle den Täter wegen Diebstahls bestrafen wollen, nähern sich hier jedoch bedenklich der Strafbarkeit des Gebrauchsdiebstahls, woraus sich die Gefahr, welche mit der Theorie der Zueignung des wirtschaftlichen Wertes der Sache verbunden ist, deutlich kennzeichnet. Nach Ansicht der Sachsubstanztheorie ist der Täter wegen Betruges strafbar [37]).

Bei konsequenter Durchführung der Auffassung, daß sich der Täter den wirtschaftlichen Wert der Sache zueignen wolle, muß man zu der Auffassung kommen, daß nur Diebstahl an geldwerten Sachen möglich ist; eine Folgerung, die zwar nicht immer folgerichtig durchgeführt wird, jedoch notwendige Folge der Sachwerttheorie bei der Zueignung ist. Hier zeigt sich dann, zu welchen Folgerungen die Loslösung des Zueignungsbegriffes vom Eigentumsbegriff beim geltenden Recht geführt hat. Nach dem Wortlaut des geltenden Rechts läßt sich jedenfalls diese Auffassung nicht rechtfertigen. Das Gesetz bestraft ja schließlich nicht denjenigen, der sich den Sachwert einer Sache verschafft, sondern denjenigen, der sich eine Sache zueignet in § 242.

Für das geltende Recht stellen wir uns daher bezüglich der Zueignung auf den Standpunkt der Sachsubstanztheorie. Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Diebstahl ein Eigentums- und kein

---

[34]) Harb, Vergl. Darst. Bes. Teil. S. 212. Frank, § 242 VII. 2a, Dörr, S. 76. v. Bar. S. 18ff. Krebs, S. 28, u, a,

[35]) RGStr. Bd. 24. S. 23.

[36]) RGStr. Bd. 50. S. 254; Bd. 55. S. 59; Bd. 63. S.378,

[37]) Vgl. die Zusammenstellung der Literatur zu dieser Frage bei Liszt-Schmidt, § 127. Anm. 18.

Vermögensdelikt. Zueignung wäre demnach die „Herstellung eines Herrschaftsverhältnisses zum Zwecke einer der Eigentumsausübung analogen Behandlung der Sache“ [38]).

Auf den Geldwert der Sache kann es nach dieser Auffassung nicht ankommen.

Bei der Strafrechtsreform unter dem Motto „Täterstrafe statt Tatstrafe“ mußte diese formelle Auffassung vom Wesen des Diebstahls verschwinden. Vom Standpunkt der Verletzung des Eigentums aus ist es zwar gleichgültig, ob der Täter eine wertlose Sache wegnimmt, oder eine Sache unter Zurücklassung ihres Gegenwertes stiehlt; nicht gleichgültig für die Beurteilung sind diese Fälle jedoch für diejenige Auffassung, welche in dem Diebstahl ein Vermögensdelikt erblicken.

Unter Berufung darauf, daß derartige Taten, wie die erwähnten, nach der Volksmeinung kein Diebstahl seien [39]), wird daher in den letzten Entwürfen die Bereicherungsabsicht als Tatbestandsmerkmal des Diebstahls wieder eingeführt, nachdem sie als Absicht, sich einen dem Recht zuwiderlaufenden Vermögensvorteil zu verschaffen, vorübergehend schon im GE. aufgetaucht war und in den nächsten Entwürfen wieder verschwunden war. Diese Begründung kann für eine derartig grundlegende Änderung der Bestimmungen nicht als genügend angesehen werden.

Ein gewisses altüberkommenes Rechtsbewußtsein mag wohl im Volke bestehen. Dieses Rechtsbewußtsein wird sich jedoch in der Hauptsache auf die Frage nach der Strafwürdigkeit einer Tat allgemein beschränken und differenzierte Unterscheidungen, ob der Diebstahl als Angriff auf das Eigentum oder das Vermögen strafbar ist, nicht machen. Hier ist die persönliche Auffassung des Einzelnen gewiß sehr verschieden. Ein so ausgeprägtes Rechtsbewußtsein, daß man auf Grund dessen einen Verbrechenstatbestand aufstellen, oder einen seit Jahren bestehenden und angewandten und dadurch bekannten Tatbestand ändern müßte, besteht wohl im Volke nicht. Es müssen schon stichhaltigere Gründe angeführt werden, um eine Änderung dieses Tatbestandes zu rechtfertigen.

In diesem Zusammenhang beruft sich die Begründung des E 27 auf österreichisches Recht [40]). So wünschenswert an sich die Rechtsangleichung der beiden Bruderländer als Vorstufe zu einer politischen Vereinigung ist, es darf nicht vergessen werden, daß die österreichische Strafrechtswissenschaft eine langjährige selbständige Entwicklung genommen hat. Außerdem wäre genau so gut denkbar, daß die deutsche Fassung in das österreichische Strafgesetzbuch aufgenommen würde, es sei denn, daß sich die österreichische Regelung, welche Diebstahl

[38]) Binding, Lehrb. I. S. 268; ähnl. Höpfner, S. 20; Liszt-Schmidt, § 127. V.

[39]) Begr. z. E. 27. S. 164.

[40]) Begr. z. E. 27. S. 164.

und Unterschlagung als Vermögensdelikte behandelt, sich besser bewährt hätte, als die Fassung des geltenden deutschen Rechts. Hier versagt jedoch die Begründung, denn die angeblich zu übernehmende Vorschrift ist im österreichischen Recht ebensowenig erprobt, wie im deutschen Recht.

Das österreichische Strafgesetzbuch von 1852 definiert in § 171: „Wer um seines Vorteils willen eine fremde bewegliche Sache aus eines andern Besitz ohne dessen Einwilligung entzieht, begeht einen Diebstahl." Das hier genannte „Entziehen um seines Vorteils willen" ist jedoch von der „Wegnahme in Zueignungsabsicht" des deutschen Strafgesetzbuches garnicht so weit entfernt, wie es zunächst erscheint. Hierzu definiert der österreichische Kassationsgerichtshof in seiner Plenarentscheidung 1316 von 1890 die Absicht des Täters beim Diebstahl folgendermaßen: „Die Absicht des Diebes muß darauf gerichtet sein, die Sache für immer dem Berechtigten zu entziehen und in Ansehung derselben sich oder andern die Ausübung des gesamten Inhalts von Befugnissen zuzuwenden, welche dem Eigentümer kraft seines Eigentumsrechts zustehen."

Die österreichische Rechtsprechung war aus praktischen Erwägungen heraus gezwungen, dem Handeln um seines Vorteils willen eine möglichst weite Auslegung zu geben, im Gegensatz zu der in der Literatur herrschenden Meinung [41]).

Im österreichischen Strafgesetzbuch fehlte nämlich ein Ergänzungstatbestand, der dem Tatbestand der „Unberechtigten Aneignung" des § 334 E 27 entspräche. Wäre nun der Diebstahl auf Grund des Wortlautes der Diebstahlsbestimmungen im österreichischen Strafgesetzbuch rein als Vermögensdelikt behandelt worden, dann wären alle die Fälle, die nach dem deutschen Entwurf von 1927 infolge der Einführung der Bereicherungsabsicht in den Diebstahlstatbestand nicht mehr als Diebstahl bestraft werden können, vielmehr dort wegen „unberechtigter Aneignung" bestraft werden, mangels einer entsprechenden Bestimmung im österreichischen Recht straflos geblieben [42]). Die Praxis des österreichischen Kassationshofes sah sich also im Gegensatz zur herrschenden Meinung genötigt, dem „Handeln um seines Vorteils willen" eine Auslegung zu geben, die sich von dem deutschen „Handeln in Zueignungsabsicht" tatsächlich garnicht sehr weit entfernt. Die Behandlung des Diebstahls als reines Vermögensdelikt ist also tatsächlich in der Praxis des österreichischen Rechts gleichfalls noch nicht erprobt, sodaß also dieser Grund gleichfalls nicht für die Einführung der Bereicherungsabsicht in den Diebstahlstatbestand

---

[41]) Finger, Österr. Strafr. II. S. 413. Lammasch, Grundriß d. österr. Str. R. S. 90 und die dort zitierte Literatur.

[42]) Weber, Die wichtigsten Beschlüsse d. Str. R.-Ausschusses z. bes. Teil. Referat. a. d. Jahrestagung d. dtsch. strafr. Gesellschaft, Bd XCIX, S. 285 ff.

sprechen kann. Die Berufung auf österreichisches Recht müßte vielmehr dazu führen, es bei der Regelung des geltenden Rechts zu lassen und Diebstahl und Unterschlagung weiterhin als Eigentumsdelikte zu behandeln.

§ 6. Bereicherungsabsicht.

Die Bereicherungsabsicht in den deutschen Entwürfen ist gegenüber dem Handeln um seines Vorteils willen, wie es das österreichische Recht gebraucht, wesentlich enger auszulegen, was schon daraus hervorgeht, daß man dem Diebstahls- und dem Unterschlagungstatbestand, welche neuerdings die Bereicherungsabsicht enthalten, einen Tatbestand der unberechtigten Aneignung an die Seite stellte. Nach den Begründungen zu den Entwürfen von 1925 und 1927 [43]) ist die Bereicherungsabsicht der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, gleichzusetzen. Um also den Begriff „Bereicherungsabsicht" zu klären, ist zunächst zu untersuchen, was als Vermögen im Sinne der erwähnten Bestimmung anzusehen ist.

Bezüglich des Vermögens sind die juristische und die nationalökonomische Theorie zu unterscheiden, zwischen welchen noch verschiedene Mittelmeinungen zu unterscheiden sind.

Nach Binding, dem Hauptverfechter des juristischen Vermögensbegriffes, wird das Vermögen eines Rechtssubjekts gebildet aus der Summe aller seiner Vermögensrechte und -pflichten [44]). Hierbei ist nach seiner Ansicht der Geldwert unberücksichtigt zu lassen. Eine zu strenge Auslegung dieser Auffassung würde jedoch zu Unzuträglichkeiten führen, abgesehen davon, daß die Definition logisch nicht ganz korrekt „Vermögen" mit „Vermögen" definiert. Diese Definition paßt auch nicht recht zu der Bereicherungsabsicht, wie sie die Entwürfe von 1925 und 1927 beim Diebstahl und der Unterschlagung einführen wollen. Denn da ein Dieb niemals ein Recht an dem gestohlenen Gegenstand erwirbt, könnte ein schlechtgläubiger Täter, dem das bekannt ist, nach der Binding'schen Auffassung strenggenommen keinen Diebstahl begehen, da er nicht die Absicht hat, die gestohlene Sache der Summe seiner Vermögensrechte oder -pflichten einzuverleiben. Aus diesem Grunde ist mit der juristischen Vermögenstheorie Bindings für die Entwürfe nicht viel anzufangen.

Die nationalökonomische Vermögenstheorie, welche vom Reichsgericht [45]), wie auch von der herrschenden Lehre vertreten wird, hat den Vorzug, diese Fragen bedeutend einfacher zu lösen, außerdem kommt

---

[43]) Begr. z. E. 25. S. 161. Begr. z. E. 27 S 174
[44]) Binding, Lehrb. Bes. Tl. I. S. 238.
[45]) RGStr. Bd. 41. S. 74; Bd. 44. S. 232 ff.

sie dem allgemeinen Sprachgebrauch über das, was Vermögen ist, mehr entgegen [46]).

Nach nationalökonomischer Theorie ist Vermögen der Inbegriff aller geldwerten Güter jemandes. Daß im Strafrecht sich das Vermögen auf die geldwerten Güter beschränken soll, ist allerdings nicht unbestritten, so fügt z. B. Frank noch hinzu: geldwerte Güter, über welche jemand rechtlich im eigenen oder im Interesse anderer verfügen kann. Diese Definition Franks, welche für den Betrug aufgestellt ist, kann für die Neuregelung des Diebstahlsbegriff allerdings nicht aufrecht erhalten bleiben, denn hier steht dasselbe Hindernis wie bei der juristischen Vermögenstheorie entgegen: rechtlich gehört eine gestohlene Sache nie zu den Gütern des Diebes, sondern nur tatsächlich. Sie können daher nie zum Vermögensbestandteil des Diebes werden, ein schlechtgläubiger Täter, dem das bekannt ist, könnte also niemals Diebstahl begehen, da seine Absicht nicht auf Einverleibung der gestohlenen Sache zu den ihm rechtlich gehörenden Gütern gehen wird.

Bei der einfachen nationalökonomischen Theorie besteht diese Schwierigkeit nicht, dort ist Vermögen der Inbegriff der tatsächlich zur Verfügungsgewalt des Diebes gehörenden Sachen, soweit sie Geldwert haben. Geldwert muß gefordert werden, wie sich auch aus dem Sprachgebrauch ergibt, außerdem muß das Vermögen ja nicht nach dem Affektionswert, sondern nach dem reinen Handelswert berechnet werden.

Verstehen wir nun unter Vermögensvorteil die im ganzen gesehene Vermehrung der geldwerten Güter jemandes, so ergibt sich für den Diebstahls- und Unterschlagungstatbestand aus dem subjektiven Tatbestandsmerkmal der Bereicherungsabsicht eine Änderung des objektiven Tatbestandsmerkmals der Sache, insofern als nach dem neuen Tatbestand nur geldwerte Güter Gegenstand des Diebstahls sein können. Mit der Wegnahme von Sachen, welche keinen Geldwert haben, kann der Täter sich nicht bereichern, also auch keinen Diebstahl begehen.

Da das Vermögen wie oben gesagt einen Gesamtbegriff darstellt, genügt es zur Erreichung eines Vermögensvorteils nicht, festzustellen, daß nunmehr das Vermögen einen geldwerten Gegenstand enthält; den es vorher nicht enthielt, der Begriff des Vermögensvorteils setzt vielmehr voraus, daß das Vermögen als Ganzes, als Inbegriff gewachsen ist. Die Hinzufügung eines Gegenstandes zum Vermögen unter gleichzeitiger Hingabe des Gegenwertes begründet demnach zwar eine Vermögensveränderung, jedoch keinen Vermögensvorteil, keine Bereicherung. Damit scheiden, wie auch in den neuen Entwür-

---

[46]) Frank, § 263 V; Dörr, S. 14 ff.; Ebermeyer L. K. § 263. 6. S. 25; Olshausen, § 263 Anm. 18; Merkel, S. 16.; Gebauer S. 13.

fen beabsichtigt, die Fälle aus dem Diebstahlstatbestand aus, in denen der Täter eine Sache unter Zurücklassung ihres Gegenwertes wegnimmt, da der Täter hier nicht in Bereicherungsabsicht gehandelt habe.

Es zeigt sich bei der Neueinführung der Bereicherungsabsicht in der Hauptsache der Unterschied zwischen dem geltenden Recht und den ersten Entwürfen einerseits und den Entwürfen von 1925 und 1927 anderseits. Ob die angestrebte Regelung eine Besserung gegenüber dem geltenden Recht darstellt, muß bezweifelt werden. Wir haben festgestellt, daß die Berufung auf die äußeren Gründe der Rechtsangleichung an das österreichische Recht, ebensowenig wie die Berufung auf das Volksbewußtsein eine stichhaltige Begründung für die Änderung des Tatbestandes geben können.

Hinzu kommt nun rein äußerlich der Nachteil, daß anstelle einer Streitfrage nun gleich mehrere treten, denn wie oben gezeigt, besteht über dem Bereicherungsbegriff, der nun zu dem Zueignungsbegriff hinzukommt, keineswegs eine einheitliche Auffassung. De lege lata war nur der Zueignungsbegriff streitig, nunmehr wird, falls der Entwurf von 1927 Gesetz werden sollte, hierzu noch der Streit über das Wesen der Bereicherung treten, d. h. eine noch größere Zersplitterung der Meinungen wie im geltenden Recht wird die Folge sein.

Auch die Behauptung, die Regelung des Entwurfs werde in Zukunft eine bessere Abgrenzung zwischen Diebstahl bzw. Unterschlagung und Sachbeschädigung ermöglichen, ist bisher keineswegs erwiesen [47]). Sowohl in der Zerstörung einer Sache, wie in der Wegnahme einer Sache liegt die Ausübung eines dem Eigentümer zustehenden Rechts. Es wird nun behauptet, in der Zerstörung einer Sache könne keine Bereicherung des Täters liegen. Unmittelbar mag das richtig sein, jedoch nicht mittelbar: Wer aus der Fabrik eines Konkurrenten einen unersetzlichen Maschinenteil wegnimmt und zerstört, um dadurch sich einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen, einen Auftrag zu erreichen, den sonst sein Konkurrent bekommen hätte, ist zweifellos durch die Zerstörung des Maschinenteils, wenn auch nur unmittelbar bereichert [48]). Auch vermittels der Zerstörung einer Sache kann also eine Bereicherung des Täters erreicht werden. Jenachdem man nun Zueignung oder nicht annimmt, ist die Tat sowohl nach geltendem Recht wie nach den Entwürfen von 1925 und 1927 als Diebstahl oder als Sachbeschädigung zu bestrafen. Dieser Fall zeigt, daß auch E 25 und E 27 mit der Einführung der Bereicherungsabsicht die beabsichtigte klare Scheidung zwischen Diebstahl und Sachbeschädigung ebensowenig bringen können, wie sie das geltende Recht enthalten hat.

Der Hauptgrund gegen die Einführung der Bereicherungsabsicht beim Diebstahl und bei der Unterschlagung ist m. E. der, daß nun-

[47]) V. Lilienthal, a. a. O. S. 16.
[47]) v. Lilienthal, a. a. O. S. 16.

mehr anstelle des einheitlichen Tatbestandes von Diebstahl und Unterschlagung, eine Zweiteilung notwendig wird, je nachdem die Wegnahme in Bereicherungsabsicht erfolgte, oder ohne Bereicherungsabsicht in reiner Zueignungsabsicht erfolgte.

Keineswegs ist weiterhin die Behandlung der sogenannten „Strohhalmaffairen" als Diebstahl durch die Neuregelung ausgeschlossen, denn auch die Wegnahme eines Streichholzes kann in Bereicherungsabsicht erfolgen.

Wenn jetzt die Fälle, in denen aus Haß, Rachsucht oder ähnlichen Gründen eine fremde bewegliche Sache weggenommen wird, nicht mehr als Diebstahl bestraft werden sollen, so ist das m. E. kein Gewinn, denn nach der hier vertretenen Eigentumsdeliktstheorie müßten auch diese Fälle als Eigentumsverletzung durch rechtswidrige Zueignung der Diebstahlsstrafe unterliegen.

Nicht zu unterschätzen ist ferner der Nachteil der Neuregelung, daß nunmehr dem Dieb außer der Zueignungsabsicht auch noch die Bereicherungsabsicht nachgewiesen werden muß, eine Aufgabe, deren Schwierigkeit vom Betruge her bekannt ist.

Alle diese Gründe sprechen also nicht für die Einführung der Bereicherungsabsicht in den Diebstahlstatbestand.

§ 7. „Sich oder einem Dritten . . ."

Nach den Motiven zum preußischen Strafgesetzbuch [49]) wurde es als selbstverständlich angesehen, daß ebenso derjenige als Dieb bestraft werden sollte, der eine Sache in der Absicht wegnahm, sie sich zuzueignen, als derjenige, der eine Sache wegnahm, um sie einem andern zuzueignen [50]). Das Reichsgericht begründet die Strafbarkeit eines Täters, der wegnimmt um einem andern zuzeignen damit, daß es im Gesetz ja nun heiße „sich zueignen" und nicht „sich selbst zueignen".

Der Grund der Streitigkeit über die Strafbarkeit einer Wegnahme in der Absicht einem andern zuzueignen, liegt für das geltende Recht in dem Fehlen einer einheitlichen Auffassung über das Wesen der Zueignung. Wenn man daher das Problem der Strafbarkeit der Zueignung an dritte Personen vom Zueignungsbegriff her anfassen will, dann gibt es für dieses Problem ebensoviel Lösungen, wie es Lösungen des Zueignungsproblems überhaupt gibt. Um diese Streitfrage wenigstens endgültig aus der Welt zu schaffen, brachten daher sämtliche Entwürfe mit Ausnahme des VE. die Wendung „. . . sich oder einem Dritten . . . ." Mit dieser Fassung des Tatbestandes ist nicht

[49]) Goltdammer, Materialien. Bd. II. S. 467.

[50]) Entw. v. 1836 in § 539; Entw. v. 1843 in § 402; Entw. v. 1847 in § 267. (Vgl. Siebert, Diss. Freib. a. a. O. S. 18 f.)

beabsichtigt, zu dem Zueignungsproblem in den Entwürfen irgendwie Stellung zu nehmen, die Fassung ist vielmehr nur aus dem Grunde gewählt, wenigstens in diesem Punkte eine Unklarheit und Unsicherkeit zu beseitigen [51]). Es mag daher dahingestellt bleiben, ob das „oder einem Dritten" nach der einen oder anderen Auffassung über den Zueignungsbegriff tatsächlich notwendig ist, jedenfalls bedeutet die Neuerung insoweit einen Fortschritt, als sie wenigstens diesen Streitfall für die Praxis aus dem Wege räumt. Die Wendung „einem Dritten" bezieht sich nach dem Wortlaut des E 27 ebenso auf die Zueignung, wie auf die Bereicherung, sodaß hier durch die Neuerung die verschiedensten Möglichkeiten bestehen:

1. sich selbst zueignen, um sich selbst zu bereichern,
2. einem andern zueignen, um sich selbst zu bereichern,
3. einem andern zueignen, um einen andern zu bereichern.

Wenn auch praktisch vielleicht der Fall zu 3. schwer zu konstruieren sei wird, so zeigen doch die genannten Alternativen, welche Erweiterung des Kreises der Fälle durch die Neuerung in Bezug auf den Personenkreis eingetreten ist, während ja andererseits, wie oben gezeigt, durch die Beschränkung des Diebstahls auf geldwerte Sachen, der Kreis der Objekte wesentlich eingeschränkt worden ist. Schon mit Rücksicht darauf, daß schon vor dem Inkrafttreten des neuen Strafgesetzbuches bezüglich des Zueignungs- und Bereicherungsbegriffes keineswegs Einigkeit herrscht, ist es immerhin begrüßenswert, daß wenigstens hinsichtlich dieses einen Punktes durch die Alternativfassung „sich oder einem Dritten" Klarheit geschaffen worden ist.

II. Abschnitt.

§ 8. Der qualifizierte Diebstahl.

a) Allgemeines.

Neben dem einfachen Diebstahl des § 242 behandelt das Strafgesetzbuch unter §§ 243, 244, 245 (wozu bei der Besprechung noch § 252 — räuberischer Diebstahl — kommt), die Diebstahlstatbestände, welche aus irgendwelchen Gründen als besonders strafwürdig angesehen werden, und deshalb als Verbrechen grundsätzlich Zuchthausstrafen nach sich ziehen. Die Gründe der Qualifikation sind neben der besonderen Gefahr, welche in der Art des Diebstahls oder in der Person des Täters für die Rechtsordnung liegen, teilweise auch historischer Art. Die Karolina z. B. gibt neben der Unterscheidung in großen und kleinen Dieb-

[51]) Vgl. Saerbeck, a. a. O. S. 62. Frank, Komm. S. 106/107 über Wesen der Täterschaft.

stahl, für welche Einteilung der Wert der gestohlenen Sache maßgebend war, noch eine Reihe von anderen Fällen, die aus besonderen Gründen einer besonders schweren Strafe würdig erscheinen, und welche später beibehalten wurden.

Während das geltende Recht also grundsätzlich in allen Fällen, die aus irgendwelchen Gründen den Diebstahl qualifizieren, Zuchthausstrafen androht, und die ersten Entwürfe diese Regelung beibehalten haben [52]), gehen die späteren Entwürfe unter Hinweis auf die Kriminalstatistik von dieser Regelung ab. Der schwere Diebstahl ist nunmehr grundsätzlich Vergehen [53]), denn wie sich herausgestellt hat, ist nur ein ganz geringer Teil der wegen schweren Diebstahls oder Rückfalldiebstahls verurteilten Personen in der Praxis tatsächlich mit Zuchthaus bestraft worden [54]). Einige besondere Fälle behandeln allerdings auch die späteren Entwürfe als Verbrechen.

Im Gegensatz zu der besonders großen verbrecherischen Energie, welche bei dem Normalfall des schweren Diebstahls den Grund für eine Erweiterung des Strafrahmens bildete, liegt der Grund für die besonders schwere Bestrafung hier vielmehr in der besonderen Gefahr für Leib oder Leben anderer, welche diese Begehungsarten des Diebstahls erfahrungsgemäß mit sich zu bringen pflegen [55]). Aus diesem Grund sind daher in den letzten beiden Entwürfen der gewerbsmäßige und der räuberische Diebstahl ebenso als Verbrechen behandelt, wie der Einbruchsdiebstahl und der Diebstahl mit Waffen. Die letzten beiden genannten Tatbestände umfassen die Merkmale des § 243 Ziff. 2, 3, 5, 7 RStrGB. großenteils und werden in den E 25 und E 27 zu einem neuen Qualifikationstatbestand zusammengefaßt.

b) In Anlehnung an das geltende Recht in den Entwürfen behandelte Tatbestände des schweren Diebstahls.

§ 9. Kirchendiebstahl.

Von jeher galt der Kirchenraub, das sacrilegium, als eine besonders schwere Form des Diebstahls und wurde als besonders strafwürdig erwähnt [56]).

---

[52]) § 270 V. E.; § 298 G. E.; § 356 K. E. 13.

[53]) Denkschr. z. E. 19. S. 304; § 360 E. 19.; § 297 E. 25.; § 329 E. 27.

[54]) Schäfer gibt in der juristischen Rundschau bezüglich des schweren Diebstahls interessante Vergleichszahlen. Nach seinen Angaben sind im Jahre 1923 von den Fällen, in denen das StrGB. schweren Diebstahl annimmt, nur 1653 zur „Regelstrafe" nämlich Zuchthaus, verurteilt worden, 47 744 Fällen auf Gefängnisstrafen, davon wieder nur in 8277 Fällen auf Gefängnis von über einem Jahr erkannt worden ist. Also nur 3,5 % der schweren Diebstahlsfälle wurde mit Zuchthaus bestraft! (Schäfer in Jur. Rundsch. Jahrg. II. Nr. 3 Sp. 141 ff.)

[55]) Begr. z. E. 27. S. 166. — [56]) z. B. C. C. C. Art. 171—175.

Die Entwürfe bringen zunächst nur unwesentliche Änderungen des geltenden Rechts [57]).

Die veränderte Fassung der E 25 und E 27, welche anstelle von „Gottesdienst" „religiöser Gebrauch" setzt [58]), ohne damit wohl eine Änderung des Umfangs der Bestimmung zu beabsichtigen [59]), hat schon Streit hervorgerufen, ohne jedoch der alten Fassung gegenüber den Vorzug größerer Klarheit zu haben. Schon aus diesem Grunde würde es sich empfehlen, es bei der ursprünglichen Fassung zu lassen, welche statt „religiöser Gebrauch" „Gottesdienst" sagt. Daß in diesem Falle nur eine redaktionelle Verbesserung der Ausdrucksweise und keine Ausdehnung des durch die Qualifikation geschützten Ortes beabsichtigt war, ist auch daraus zu schließen, daß die Begründungen zu den Entwürfen von 1925 und 1927 hiervon nichts erwähnen [60]).

Ob eine Erweiterung des Kreises der Objekte des Kirchendiebstahls dadurch eingetreten ist, daß nunmehr in den Entwürfen E 25 und E 27 außer den dem religiösen Gebrauch (= Gottesdienst) gewidmeten Gegenständen auch Sachen, die den Gegenstand religiöser Verehrung bilden, in den Tatbestand mit einbezogen sind, ist ebenso fraglich [61]). Die Erweiterung ist jedoch hier ebensowenig anzunehmen; denn Sachen, die den Gegenstand religiöser Verehrung bilden, wie Statuen, Altargemälde, Reliquien u. a. waren auch im geltenden Recht geschützt als Gegenstände, die dem Gottesdienst gewidmet sind. Auch hier ist wohl nur eine redaktionelle Verbesserung und keine Änderung des Umfangs des Tatbestandes beabsichtigt gewesen.

Da es weiter im geltenden Recht streitig war, wie das „aus einem Gebäude" zu beurteilen war, insbesondere Streit darüber herrschte, ob der Diebstahl eines Gegenstandes, der dem Gottesdienst gewidmet ist, auch dann „Kirchen"-diebstahl ist, wenn es sich um einen einzelnen, dem Gottesdienst gewidmeten Raum eines weltlichen Gebäudes handelt, würde zweckmäßigerweise auch diese Streitfrage in dem neuen Strafgesetzbuch entschieden. Bisher ist das jedoch nicht geschehen; sämtliche Entwürfe reden vielmehr weiterhin von Gebäude, ohne sich etwa in den Begründungen mit dieser Frage zu beschäftigen.

---

[57]) § 243 Ziff. 1. Str.G.B.; § 207, 1 V.E. § 298, 1 G.E.; § 356, 1 K.E.; § 360, 1 E. 19.

[58]) § 297, 6 E. 25.; § 339, 5 E. 27.

[59]) Klett, a. a. O. S. 16, Hofmann, a. a. O. S. 56 ff.

[60]) Der Strafrechtsausschuß des letzten Reichstages hat ebenso, wie der Antrag Dr. D. Kahl u. Gen. an die Stelle des „dem religiösen Gebrauch dienenden Gebäude" das „zum Gottesdienst bestimmte Gebäude" treten lassen. Hier ist die Streitfrage also gegenstandslos.

[61]) Anstelle des Wortes religiöser Verehrung ist in der Beratung des Strafrechtsausschusses des letzten Reichtages „Verehrung einer im Reich bestehenden Religionsgesellschaft" getreten. (Die deutsche und österr. Strafrechtskonferenz hat f. Österr. „Verehrung einer staatl. anerkannten Religionsgesellschaft" gesetzt).

Anstelle dem Vorschlage Mittermaiers zu folgen, der statt „Gebäude" hier „Raum" gesetzt haben will [62]), würde ich vorschlagen, schon um den Ausdruck „Kirchendiebstahl" mit größerer Berechtigung beibehalten zu können „Gebäude oder Gebäudeteil" zu sagen. Bei dem Vorschlage Mittermaiers, statt „Gebäude" „Raum" zu sagen, würde eine erhebliche Ausdehnung des geschützten Ortes die Folge sein. Unter Raum [63]) wird beim Diebstahl ein Teil der Erdoberfläche verstanden, der durch künstliche, nicht ganz unbedeutende Hindernisse gegen das Eindringen Unbefugter geschützt ist [64]). Es ist nicht zu empfehlen, durch Verwendung des beim Einbruchsdiebstahl lange verwendeten Ausdrucks „Raum", für welchen sich in Literatur und Praxis ein fester Begriff gebildet hat, an einer anderen Stelle desselben Abschnitts durch Verwendung in anderer Bedeutung Verwirrung zu schaffen. Der Vorschlag, deshalb anstelle von „Gebäude" „Gebäude oder Gebäudeteil" zu setzen, würde das von Mittermaier erstrebte Ziel erreichen und gleichzeitig Mißverständnisse verhüten. Die übrigen für die Fassung des geltenden Rechts bestehenden Streitfragen, werden durch die Fassungen der Entwürfe nicht berührt [65]).

§ 10. Diebstahl unter Sicherungsbruch.

Die ersten Entwürfe VE., GE. KE. enthalten den Tatbestand des Diebstahls unter Sicherungsbruch noch in enger Anlehnung an das geltende Recht [66]). Aus der fast wörtlich übereinstimmenden Fassung, welche diese Entwürfe dem Tatbestand verleihen [67]), insbesondere aus der Fassung des Schlußsatzes („oder sonst durch Überwindung erheblicher, die Sache gegen Wegnahme sichernder Hindernisse") geht hervor, daß man das subjektive Moment der besonderen verbrecherischen Energie, die sich durch Überwindung der gegen die Wegnahme bestehenden Hindernisse dartut, als den Hauptqualifizierungsgrund dieses Tatbestandes angesehen hat.

In der weiteren konsequenten Durchführung dieser Idee kam es dann zu der Trennung des bisher in den Entwürfen VE., GE. und KE. einheitlich behandelten Tatbestandes, indem man Einbruch, Einsteigen, Erbrechen von Behältnissen, sowie die Wegnahme aus einem umschlossenen Raum oder Gebäude einem besonders geschaffenen neuen Tatbestand des Einbruchsdiebstahls zuteilte. Der Qualifikationsgrund dieses abgesonderten Tatbestandes liegt nach Auffassung der Entwürfe E 19, E 25 und E 27 in der besonderen Gefahr für Leib

---

[62]) Mittermaier, Ref. a. a. O. S. 357. Klett, S. 16.
[63]) Gemeint sein kann auch hier nur „umschlossener" Raum.
[64]) RGStr. 50. S. 73. Liszt-Schm., § 127. II. 2. § 128. I. 2.
[65]) RGStr. Bd. 53, S. 144; Lobe L. Komm. zu 1, § 243 III. 2.
[66]) § 243 Nr. 2 RGStrB.
[67]) § 270 Nr. 4. V.E.; § 298 Nr. 5. G.E.; § 356 Nr. 4. K.E.

oder Leben anderer Personen, die erfahrungsgemäß mit dieser Art des Diebstahls verbunden ist; demgegenüber bleibt auch in diesen Entwürfen die verbrecherische Energie des Täters, die sich in der Überwindung besonderer Hindernisse äußert, als Diebstahl unter Sicherungsbruch weiterhin strafbar [68]).

In der Fassung des E 27, welche die Fassung des E 25 wörtlich übernommen hat, ist in recht klarer Weise ein Qualifikationsgrund des Diebstahls festgelegt: „Der besondere verbrecherische Wille des Täters". Die von Schäfer [69]) und Mannheim [70]) angenommene Gefahr, daß die Formulierung der Bestimmung: „durch ein verschlossenes Behältnis, oder in anderer Weise gegen Wegnahme gesichert ..." eine zu weitherzige Auslegung des Tatbestandes zuließe, ist m. E. schon nach der Entstehungsgeschichte der Bestimmung nicht vorhanden. Aus der Fassung geht klar hervor, daß sich die besondere Sicherung gegen die Wegnahme richten muß, nicht aber allein zur Verhütung von einer in der Sache selbst liegenden Gefahr des Abhandenkommens angebracht sein darf. Die von Mannheim vorgeschlagene Fassung: ‚durch ein verschlossenes Behältnis oder in anderer Weise durch Verschluß gegen Wegnahme besonders gesichert', würde eine zu enge Begrenzung des Tatbestandes zur Folge haben. Der Qualifikationsgrund würde dann unnötigerweise dem einfachen Diebstahl gegenüber eingeengt.

Der Umstand, daß in dieser Bestimmung die besondere verbrecherische Energie des Täters erhöht unter Strafe gestellt werden soll, ist in dem Tatbestand, wie ihn die letzten Entwürfe bringen, nicht in klarer Weise zum Ausdruck gekommen. Denn aus dieser Fassung geht nicht hervor, ob der Täter im Einzelfalle zur Überwindung der Hindernisse eine besondere Energie aufgewandt hat; nach der Fassung der Entwürfe ist nur maßgebend, ob zu Überwindung des gegebenen Hindernisses objektiv, generell, eine besondere Energie des verbrecherischen Täterwillens notwendig ist.

§ 11. Verkehrsdiebstahl.

Der Verkehrsdiebstahl des geltenden Rechts § 243 Ziff. 4 StGB. ist trotz der erheblichen Kontroversen, die hier herrschten, in den bisherigen Entwürfen als Tatbestand des schweren Diebstahls beibehalten worden, wenn auch mit den Änderungen, die sich im Laufe seiner Anwendung als notwendig erwiesen haben.

Im einzelnen war zunächst in den Entwürfen streitig, worin bei dieser Art von Diebstählen der Qualifikationsgrund liegen sollte. Der VE. war der Ansicht, daß nur Eisenbahn und Post den besonderen

[68]) E 19. § 360 Nr. 4; E 25. § 297 Nr. 1; E 25 § 329 Nr. 1.
[69]) Schäfer in J. R. a. a. O. S. 71.
[70]) Mannheim in Aschr. Kohlr. Reform 1926 S. 345.

Schutz des § 270 Ziff. 3, VE. haben sollten, und zwar auf Grund des tatsächlichen Beförderungsmonopols, welches diese Anstalten innehätten; außerdem wegen der mangelnden Sicherungsmöglichkeit des Publikums, Gründe, die bei den privaten Beförderungsmitteln — auf deren Benutzung das Publikum nicht in dem Maße wie auf die Benutzung von Eisenbahn und Post angewiesen sei — nicht zuträfen [71]).

Der Gegenentwurf billigt demgegenüber allgemein den erhöhten Schutz jeder öffentlichen Verkehrsanstalt zu; ein Standpunkt, der sich an den für die Fassung des geltenden Rechts bestimmenden Gedanken anschloß, das Reisepublikum allgemein zu schützen. Das Reise-Publikum ist nach Auffassung des GE. einmal natürlich infolge des tatsächlichen Monopols, wie es die einzelnen Verkehrsanstalten für ihre Gebiete haben, auf diese Verkehrsanstalten angewiesen und infolgedessen in besonderem Maße schutzbedürftig, gedacht ist aber auch an die Reiseaufregung und die geringe Sicherungsmöglichkeit, welche durch die für viele Reisende ungewohnte Umgebung bedingt ist.

Bei dieser Auffassung des GE. konnte natürlich die Fassung des geltenden Rechts in keiner Weise befriedigen. Einerseits ging sie zu weit, weil auch Gegenstände, die auf einer Gelegenheitsfuhre untergebracht sind, erhöhten Strafschutz genießen, andererseits wird der Tatbestand in unnötiger Weise dadurch eingeengt, daß entweder ein bestimmter Begehungsort — öffentl. Weg, Straße, Eisenbahn usw. — oder eine bestimmte Begehungsart, — mittels Abschneidens oder Ablösens der Befestigungs- oder Verwahrungsmittel oder durch Anwendung falscher Schlüssel usw. — verschärft strafbar ist.

Nachdem es der KE. [72]) noch bei einer einzelnen Aufzählung der Begehungsorte beließ, die Begehungsart dagegen, ebenso wie alle anderen späteren oder früheren Entwürfe, als Erfordernis der Qualifikation wegfallen ließ, brachten die späteren Entwürfe E 19, E 25 und E 27 [73]) dieselbe Lösung wie der GE., indem sie allgemein den Diebstahl in oder aus [74]) einem, dem öffentlichen Verkehr dienenden Unternehmen, als schweren Diebstahl bestraften. Eisenbahn und Post sind nur als Beispiele für Verkehrsunternehmen genannt. Daß E 25 und E 27 anstelle von „Reisender" (E 19) „Fahrgast" sagen, daß weiter E 27 anders wie E 19 und E 25 „zur Beförderung übergeben" statt „zur Beförderung anvertraut" sagt, bedeutet nur eine redaktionelle Verbesserung und keine sachliche Änderung. Mit der Verallgemeinerung des Begriffs „Verkehrsunternehmung" ist eine alte Forderung Harburgers erfüllt [75]).

Die einengende Festsetzung des Begehungsortes ist gleichfalls mit

---

[71]) Begr. z. V. E. S. 739.
[72]) § 357 Ziff. 3. K. E.
[73]) § 360 Nr. 3 E 19; § 297 Nr. 3 E 25; § 329 Nr. 2. E. 27.
[74]) „i n o d e r aus" erst in E 25 und E 27.
[75]) Vgl. Harb. Vgl. Darst. S. 370.

Recht endgültig weggefallen, und damit manche unangenehme Folgerung aus dem Wortlaut des Tatbestandes des geltenden Rechts vermieden [76]).

Die Regelung des E 27, „wer in oder aus Räumen oder Beförderungsmitteln eines dem öffentlichen Verkehr dienenden Unternehmens . . . . eine Sache stiehlt, die dem Unternehmen zur Beförderung übergeben ist, oder die ein Fahrgast mit sich führt oder bei sich trägt," entspricht durchaus den Erfordernissen der Praxis. Umso unverständlicher erscheint es nun, daß der 21. (Strafrechts-)Ausschuß des Reichstages in der IV. Wahlperiode in erster Lesung [77]), die Wendung, wie sie alle Entwürfe enthalten, gestrichen hat, nämlich, daß auch Gegenstände, die der Reisende mit sich führt (oder bei sich trägt), besonders geschützt sind. Diese Bestimmung, die übrigens in dem Antrag Dr. D. Kahl u. Gen. wieder enthalten ist [78]), welcher die Beschlüsse der deutschen und österreichischen Strafrechtskonferenzen wiedergibt [79]), löste die Streitfrage, was Gegenstand des Diebstahls sei, etwa nur das Gepäck, und außerdem was als Gepäck anzusehen sei [80]), in befriedigender Weise. Es wäre zu wünschen, daß diese Bestimmung entsprechend der Fassung des E 27 wieder in den Verkehrsdiebstahl aufgenommen würde, „da nicht einzusehen ist, warum Uhr und Brieftasche des Reisenden weniger geschütz sein sollen, als der unter dem Gepäck befindliche kleine Wecker oder der kleine Handkoffer [81]).

c) Neue Tatbestände des schweren Diebstahls im E 27, die im geltenden Recht nicht bestehen.

§ 12. Diebstahl aus Sammlungen.

Es ist im geltenden Recht immer als Lücke empfunden worden, daß zwar Zerstörung und Beschädigung, nicht aber auch Diebstahl von Gegenständen, die in öffentlichen Sammlungen sich befinden, verschärft bestraft wird [82]). Alle Entwürfe haben daher den Sammlungs-

---

[76]) Nach geltendem Recht waren z. B. Schiffe nicht auf hoher See, sondern nur auf Wasserstraßen, Flugzeuge nur auf dem Flugplatz geschützt. RGStr. 33. S. 57 f.

[77]) Nr. 2. Strafgesetzbuch d. Drucksachen d. 18. Ausschusses d. V. Wahlperiode 1930. S. 186 Sp. 2.

[78]) Nr. 365 der Drucksachen d. Reichstages. V. Wahlperiode 1930 § 329 Ziff. 2. d. Antrages. S. 70.

[79]) Zusammenstellung XVI der Drucksachen des 21. Ausschusses des Reichstages. IV. Wahlperiode.

[80]) Frank, zu § 243 Nr. 4 Anm. 2; a. A. Olsh. Anm. 38 zu § 243. Streitfrage, ob „Gepäck" verpackt sein muß oder nicht. Nach Ansicht des R. G. genügt allgemein Gewahrsam des Reisenden. (RGStr. 6. S. 394) Liszt-Schm. § 128 Anm. 18 gegen Frank.

[81]) Klett a. a. O. S. 19.

[82]) Begr. z. E 27 S. 167.

diebstahl unter die Bestimmungen des schweren Diebstahls aufgenommen [83]).

Die Fassung, wie sie E 27 in Anlehnung an den Wortlaut der gemeinschädlichen Sachbeschädigung bringt, ist von den bisherigen Vorschlägen der Entwürfe wohl die Beste [84]).

Der VE. schützt jede Sache, die in einer Sammlung öffentlich ausgestellt ist. Diese Fassung ist teilweise zu eng, weil ausdrücklich nur die ‚ausgestellten' Sachen einer Sammlung geschützt sind, nicht dagegen die etwa im Magazin des Museums untergebrachten Sachen; teilweise ist diese Fassung jedoch zu weit, weil nach dem VE. jede Ausstellung eines Kanarienvogelvereins den erhöhten Schutz genießen würde. GE. und KE. übernehmen die Vorschrift des VE. Die E 19 und E 25 verbinden mit dieser Vorschrift die Ziffer 2 des § 298 GE., indem sie den Diebstahl an Sachen von besonders hohem Wert, insbesondere künstlerischem, gewerblichen oder wissenschaftlichem Wert als schweren Diebstahl bestrafen.

In § 329 Ziff. 4. E 27 ist das Erfordernis des hohen Wertes der gestohlenen Sache weggefallen, und die Anwendung des Tatbestandes auf Sachen von wissenschaftlicher, künstlerischer usw. Bedeutung beschränkt worden. Dadurch, daß der Tatbestand in dieser Weise eingeengt worden ist, konnte er nur an Übersichtlichkeit und Einheitlichkeit gewinnen. In den vorherigen Entwürfen war die Überschrift dieser Bestimmung eigentlich nicht berechtigt, da dem strengen Wortlaut nach in erster Linie der hohe Wert Qualifikationsgrund war, und der künstlerische und wissenschaftliche Wert nur ein Beispiel für auch hohen Wert darstellte.

Daß anstelle des Wortes „Wert" „Bedeutung" getreten ist, ist insofern eine Verbesserung des Tatbestandes, als hierdurch jeder Zweifel ausgeschlossen ist, daß der Geldwert der Sache keine entscheidende Rolle spielen sollte. Die Begründung des E 27 [85]) scheint davon auszugehen, daß durch die Fassung des E 27 nicht jeder in eine öffentliche Sammlung aufgenommene Gegenstand besonderen Schutz genießen sollte, sondern nur wertvolle und unersetzliche Gegenstände. Die Fassung des Tatbestandes in E 27 rechtfertigt diese Auffassung jedoch nicht. Jede Sache, die in öffentlicher Sammlung ausgestellt ist, bzw. sich in einer öffentlichen Sammlung befindet und wissenschaftliche Bedeutung usw. hat, ist geschützt. Die Betonung liegt bei dieser Bestimmung auf w i s s e n s c h a f t l i c h usw., nicht auf Bedeutung. Die Unterscheidung, ob die Bedeutung der Sache eine besondere, hohe, ist, würde zu großen Schwierigkeiten führen, und würde dem Sinn der Vorschrift auch nicht gerecht.

---

[83]) § 270 Nr. 2. V. E; § 298 Nr. 2. G. E; § 356 Nr. 2 R. E; § 360 Nr. 2. E 19; § 297 Nr. 5. E. 25.

[84]) § 329 Nr. 4 E 27; Begr. z. E. 27. S. 167/163.

[85]) Begr. z. E. 27. S. 167/163.

Der Anregung Hofmanns zu folgen [86]), den erhöhten Schutz auch auf Gegenstände auszudehnen, die sich weder in einer allgemein zugänglichen Sammlung, noch in einem öffentlichen Gebäude, noch an einem öffentlichen Ort befinden, scheint nicht angängig. Würde man die wissenschaftliche, künstlerische, geschichtliche oder gewerbliche Bedeutung allein für entscheidend bezüglich der Qualifikation halten, so ergäbe sich hieraus eine ganz erhebliche Erweiterung des Tatbestandes, die dem Zweck der Vorschrift nicht gerecht würde. Da alsdann bei jedem Diebstahl die Frage untersucht werden müßte, ob nicht die Sache irgendwelche besondere Bedeutung wissenschaftlicher, künstlerischer, geschichtlicher oder gewerblicher Art hat, würde man zu einer großen Rechtsunsicherheit kommen. Denn, wenn allein die Bedeutung entscheidend sein soll, sind die Ansichten darüber naturgemäß sehr verschieden. Es ist daher die Einschränkung beizubehalten, welche die erwähnten Sachen nur schützt, sofern sie in einer allgemein zugänglichen Sammlung, einem öffentlichen Gebäude oder einem anderen öffentlichen Ort sich befinden. Durch diese Einschränkung wird dann die verminderte tatsächliche Möglichkeit, die Sachen zu schützen, die eine Folge der öffentlichen Aufstellung ist, durch erhöhten Strafschutz ausgeglichen.

§ 13. Diebstahl bei Unfällen.

Der Diebstahl bei Unfällen, welchen der E 25 und E 27 neu in den schweren Diebstahl einführen [87]), ist in vorliegender Form aus dem österreichischen Strafgesetzbuch übernommen [88]). Der Grund für die Qualifikation, welche in ähnlicher Weise schon das allgemeine preussische Landrecht kennt [89]), liegt darin, daß man die Ausnutzung der Bedrängnis eines andern, um ihn zu bestehlen, als eine, besonders verwerflicher Gesinnung entspringende Tat, für erhöht strafbar angesehen hat.

Während E 25 verlangt, daß es sich um eine durch Unfall herbeigeführte Bedrängnis handeln muß, erweitert der E 27 den Tatbestand auf Unfall und ähnliche Ereignisse [90]). Damit kommt der E 27 einer auf die Dauer für die Praxis doch unvermeidlichen Auslegung des Begriffes „Unfall" entgegen. Denn es kann m. E. keinen Unterschied machen, ob es sich tatsächlich um einen Unfall handelt, oder um eine etwa durch falschen Alarm hervorgerufene Panik oder dgl. Gerade bei solchen Fällen, seien es wirkliche oder nur vermeintliche Unfälle, vertraut der Betroffene, wie die Erfahrung lehrt, seinen Mitmenschen im

[86]) Hofmann, Diss. Tüb. a. a. O. S. 56.
[87]) § 297 Nr. 4. E. 25; § 329 Nr. 3. E. 27.
[88]) § 174. I. c. des österreichischen Strafgesetzbuches von 1852.
[89]) § 1142. Teil II. Titel 17 A. L. R.
[90]) Begr. z. E. 27. S. 167.

besonderen Maße, er muß daher wegen der verringerten Möglichkeit, sich und sein Gut zu schützen, ebenso wie wegen seiner verminderten Aufmerksamkeit, besonderes Vertrauen seiner Mitmenschen in Anspruch nehmen können. Es ist daher gleich zu behandeln, ob ein tatsächlicher Unfall vorliegt, oder ob nur eine durch falschen Alarm hervorgerufene Panik eingetreten ist.

Die Einführung dieser Vorschrift unter die Bestimmungen über den schweren Diebstahl entspricht einem Bedürfnis. Die von dem 21. Reichstagsausschuß vorgenommene Streichung der Vorschrift ist demnach abzulehnen [91]), und zu begrüßen, daß die Vorschrift in den Antrag D. Dr. Kahl u. Gen. wieder aufgenommen ist [92]).

§ 14. Diebstahl an Betriebsmitteln.

Der Diebstahl an Betriebsmitteln, welcher zuerst in E 25 auftaucht [93]), und dann in den E 27 übernommen ist [94]), ist aus dem § 17 Abs. 2 des Gesetzes über den Verkehr mit unedlen Metallen entnommen mit der Maßgabe, daß die Beschränkung auf unedle Metalle fortgefallen ist. Die Begründung der Qualifikation liegt darin, daß ein erheblicher, die Allgemeinheit treffender Schaden außer der Schädigung des jeweils betroffenen Eigentümers die Folge der Tat ist. Es erscheint jedoch immerhin recht zweifelhaft, ob die Qualifikation tatsächlich berechtigt ist. In den meisten Fällen wird es dem Dieb doch nur auf den Materialwert der weggenommenen Sache ankommen. Es wird im übrigen nicht leicht fallen, festzustellen, wann durch die Wegnahme der Sache der Betrieb in seiner Fortführung erheblich gefährdet ist. Soweit außerdem in dem Verhalten des Täters ein Bruch des Treuverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erblickt werden kann, besteht keine Veranlassung, den Diebstahl im Gegensatz zur Zerstörung, dem viel schärferen Bruch des Treuverhältnisses, besonders zu qualifizieren. Soweit es sich um den Diebstahl von unersetzlichen Maschinenteilen, Zeichnungen u. dgl. zum Zwecke der Werkspionage handeln sollte, reicht der Strafrahmen des schweren Diebstahls, wie ihn § 329 E 27 gibt, doch nicht aus; die Bestrafung dieser Fälle muß dem neu zu schaffenden Gesetz betr. Werkspionage usw. überlassen bleiben. Zur besonderen Qualifikation dieser Fälle beim Diebstahl besteht keine Veranlassung.

---

[91]) Beschluß d. 21. Reichstagsausschusses 1. Lesung. Nr. 2. d. Reichstagsdruckschriften. 1930. S. 186. Sp. 2.

[92]) Nr. 395 d. Reichstagsdruckschriften. V. Wahlperiode 1930. S. 70.

[93]) § 297 Nr. 7. E 25.

[94]) § 329 Nr. 6. E 27.

§ 15. Diebstahl an Sachen von öffentlichem Nutzen.

Ebenso wie der vorher behandelte Tatbestand, stammt auch dieser im E 25 und E 27 neu auftauchende Diebstahl an Sachen von öffentlichem Nutzen [95]) aus dem Gesetz über den Verkehr mit unedlen Metallen [96]) und dem Gesetz über den Verkehr mit Edelmetallen, Edelsteinen und Perlen [97]). Er stammt wie der vorhergehende Tatbestand aus einer Ausnahmezeit der Materialknappheit, die durch den erhöhten Materialverbrauch und die verminderte Ersatzmöglichkeit während des Weltkriegs und der Nachkriegszeit bedingt war.

Im Gegensatz zu der Begründung des E 27 [98]) muß allerdings bezweifelt werden, ob die Aufnahme einer derartigen Bestimmung in das Strafgesetzbuch auf die Dauer gerechtfertigt erscheint [99]). Der Strafrahmen des einfachen Diebstahls ist in normalen Zeiten für die Fälle, welche dieser Tatbestand im Auge hat, wohl ausreichend. Es ist nicht notwendig, hier aus irgendwelchen Gründen eine besonders hohe Bestrafung über den Strafrahmen des einfachen Diebstahls hinaus eintreten zu lassen; das hieße die Kasuistik beim schweren Diebstahl zu weit treiben.

Vor allem spricht jedoch gegen diesen Tatbestand seine überaus unklare Fassung. Was sind Sachen von öffentlichem Nutzen? Es ergeben sich hier die verschiedensten Möglichkeiten der Auslegung. Wie sich aus der Literatur zu § 304 RStGB. ergibt [100]), gilt als Sache von öffentlichem Nutzen jeder Gegenstand, der dazu bestimmt ist, dem Publikum, der Öffentlichkeit, Nutzen zu bringen. Läßt sich auch immerhin für die Beschädigung oder Zerstörung derartiger Sachen wegen der hier bewiesenen asozialen Gesinnung des Täters eine erhöhte Bestrafung rechtfertigen, da hier in den meisten Fällen die Zerstörungswut das allein ausschlaggebende Motiv der Tat gewesen sein wird, für den Diebstahl ist die Sache insofern anders zu beurteilen, als hier nach den letzten Entwürfen der Täter in Bereicherungsabsicht handeln muß. Für eine erhöhte Bestrafung derartiger Fälle mag im Einzelfalle vielleicht einmal das Bedürfnis bestehen, die Fassung des E 27 ist jedoch derartig allgemein und unbestimmt gehalten, sodaß mit ihr recht wenig anzufangen sein wird. Der mit der Vorschrift beabsichtigte Zweck wird zudem schon zum großen Teil durch den § 329 Nr. 4 E 27 erreicht.

---

[95]) § 297 Nr. 9. E 25; § 329 Nr. 7. E 27;
[96]) V. 23. Juli 1926.
[97]) V. 29. Juli 1926.
[98]) Begr. z. E 27 S. 168.
[99]) Klett, a. a. O. S. 17 derselben Ansicht
[100]) Liszt-Schmidt, § 132. II. 2.

d) Neue Tatbestände des schweren Diebstahls in E 25, die im geltenden Recht nicht bestehen, und die in den E 27 nicht übernommmen sind.

§ 16. Diebstahl aus unmittelbarem körperlichen Gewahrsam.

In der Hauptsache im Hinblick auf den Taschendiebstahl [101]) führte der E 25 als Tatbestand des schweren Diebstahls den Diebstahl aus unmittelbarem körperlichen Gewahrsam ein [102]). Mit Recht ist dieser Tatbestand in den E 27 nicht wieder aufgenommen worden. Denn der hier unter Strafe gestellte Fall ist im E 27 unter mannigfachen anderen Gesichtspunkten ohne weiteres strafbar, sodaß ein Bedürfnis für diese gesonderte Behandlung nicht besteht. Fälle der gedachten Art, würden jetzt als Verkehrsdiebstahl oder als Diebstahl unter Sicherungsbruch strafbar sein [103]).

§ 17. Diebstahl an Gebäudeteilen.

Für diese, vorübergehend in § 297 Nr. 8 des E 25 auftauchende Bestimmung kann auf das oben beim Diebstahl an Sachen von öffentlichem Nutzen Gesagte verwiesen werden. Das Bedürfnis für eine solche Ausnahmebestimmung besteht in normalen Zeiten nicht [104]). Der Strafrahmen des einfachen Diebstahls reicht zur Erfassung von Fällen der hier genannten Art aus.

e) Diebstahlsverbrechen.

§ 18. Einbruchs- und Nachschlüsseldiebstahl.

Wie oben ausgeführt [105]), wird der qualifizierte Diebstahl des § 329 E 27, ebenso wie die entsprechende Vorschrift des § 360 E 19 und des § 297 E 25 im Gegensatz zum geltenden Recht, mit Rücksicht auf die Kriminalstatistik als Vergehen behandelt. Hiervon sind jedoch eine Reihe von Tatbeständen ausgenommen, welche ebenso wie im geltenden Recht in sämtlichen Entwürfen als Verbrechen behandelt sind. Der Grund für diese Ausnahme ist die besondere Gefährlichkeit der Tat, die sich in der besonderen Gefahr für Leib oder Leben anderer, die mit der Tat erfahrungsgemäß verbunden ist, äußert. Weiter ist Grund der Sonderbehandlung die besonders große verbreche-

---

[101]) Begr. z. E 25. S. 153.
[102]) § 297 Nr. 2. E 25.
[103]) § 329 Nr. 1 und 2. E 27.
[104]) Begr. z. E. 27. S. 167.
[105]) S. 24.

rische Energie, welche der Täter bei der Überwindung der sich ihm in den Weg stellenden Hindernisse gezeigt hat.

Vor allem dieser letzte Grund war schon die Veranlassung der Qualifikation, insbesondere des Einbruchs- und Nachschlüsseldiebstahls bei der Aufnahme dieser Bestimmung in das geltende Strafgesetzbuch [106]).

In § 243 Ziff. 2 und 3 führt das geltende Strafgesetzbuch eine Reihe von Diebstahlsfällen auf, die ihre besondere Qualifikation erhalten einmal durch den Tatort, der Diebstahl muß aus einem Gebäude oder umschlossenen Raum erfolgen, außerdem muß der Diebstahl auf eine Art erfolgt sein, die auf eine besondere Geflissentlichkeit und Hartnäckigkeit des verbrecherischen Willens beim Täter schließen läßt[106]).

Der Einbruchs- und Nachschlüsseldiebstahl ist im geltenden Recht in zwei verschiedene Tatbestände getrennt, die sich unterscheiden durch die Art, in der der Täter die sich ihm bei Begehung der Tat in den Weg stellenden Hindernisse überwindet. Der Einbruchsdiebstahl des § 243 Nr. 2 StGB. erfordert besondere körperliche Anstrengungen, beim Nachschlüsseldiebstahl des § 243 Nr. 3 StGB. zeigt der Täter bei der Verwirklichung seines Zieles eine besondere geistige Geschicklichkeit und Regsamkeit [107]).

Im geltenden Recht hat die Beschränkung der Qualifikation auf „Gebäude oder umschlossenen Raum" zu verschiedenen Streitfragen Anlaß gegeben.

„Umschlossener Raum" wird in der Fassung neben „Gebäude" und in Gegensatz zu „Behältnis" gestellt. Hieraus ist zu entnehmen, daß „umschlossener Raum" im Sinne dieser Vorschrift nicht nach allgemein physikalischem Sprachgebrauch jeder von seiner Umgebung irgendwie abgetrennte Teil des Weltalls sein soll, „umschlossener Raum" im Sinne dieser Vorschrift wird vielmehr in enge Beziehung zu Gebäude zu setzen sein. Die herrschende Lehre bezeichnet daher als umschlossenen Raum ein Gebiet, welches der Berechtigte im Zusammenhang mit der Erdoberfläche benutzt, um durch seine Einrichtung den Zutritt Unbefugter auf irgend eine Weise auszuschließen [108]). Hierbei wird eine Verbindung mit der Erdoberfläche in irgendeiner Weise, und sei es durch die eigene Schwere [109]), als notwendig angesehen. Als hauptsächliches Merkmal des umschlossenen Raumes im Sinne des Gesetzes ist der Wille des Berechtigten anzusehen, durch die Anlage andere von der Benutzung auszuschließen. Demgegenüber dient das „Gebäude" dem Zweck, vermittels seiner Anlage — Wände und Dach —, Schutz zu gewähren. Unbedingt wird jedenfalls sowohl bei „Gebäude", wie bei „umschlossenem Raum" Zusammenhang mit der Erdoberfläche gefordert.

---

[106]) Motive z. Entwurf eines StrGB. f.d. nordd. Bund 1869; S. 164.
[107]) Höpfner, Diebst. und Unterschl. i. VE. S. 63.
[108]) RGStr. Bd. 50; S. 74; Bd. 56, S. 97.
[109]) Z. B. Marktbude oder dergl. RGStr. Bd. 53. S. 269.

Aus dieser engen Fassung des Begehungsortes hat sich der Nachteil ergeben, daß z. B. bei Schiffen oder Wohnwagen, weil sie mangels Verbindung mit der Erdoberfläche nicht im Sinne des Gesetzes als umschlossener Raum oder Gebäude anzusehen sind, ein Einbruchs- oder Nachschlüsseldiebstahl nicht begangen werden kann. Hier tritt ein offensichtlicher Mangel der Vorschrift, eine Lücke im Gesetz zu Tage, denn es ist nicht einzusehen, wirum nicht Schiffen und Wohnwagen ebensogut der erhöhte Strafschutz zugebilligt werden sollte, wie dem irgendwie mit der Erdoberfläche verbundenen geschützten Ort.

Bei der Anwendung der Vorschrift erwies sich außerdem als unpraktische Beschränkung die Voraussetzung, daß mittels Einbruchs, Einsteigens oder Erbrechens von Behältnissen aus einem Gebäude oder umschlossenen Raum gestohlen werden muß. Voraussetzung ist also, daß der Gegenstand des Diebstahls sich zur Zeit der Tat innerhalb des Gebäudes befunden hat, daß also, falls der Dieb das Behältnis nicht innerhalb des Gebäudes aufbrach, sondern die Geldkassette oder dgl. ganz mitnahm und sie nachher außerhalb des Hauses aufbrach, er nicht wegen schweren Diebstahls zu bestrafen war, vorausgesetzt natürlich, daß er nicht eingebrochen oder eingestiegen war. Der Dieb hatte dann ja nicht mittels Erbrechen von Behältnissen aus einem Gebäude gestohlen, sondern nur mittels Wegnahme von Behältnissen [110]). Auch dann kam die Strafschärfung des § 243 StGB. nicht zur Anwendung, wenn der Dieb das Behältnis, welches er außerhalb eines Gebäudes irgendwo weggenommen hatte, mit in das Gebäude hineinnahm, etwa in eine Schmiede, um es dort zu erbrechen. Die gestohlene Sache muß sich vielmehr schon vor der Tat im Gebäude befunden haben [111]).

Diese Unterscheidungen, welche bei der Fassung des geltenden Rechts zu recht unbilligen Ergebnissen geführt haben, sind nach dem Sinne der Vorschrift nicht zu rechtfertigen. Denn die besondere verbrecherische Energie, die sich in dem Erbrechen von Behältnissen u. dgl. äußert, kann nicht verschieden gewürdigt werden je nachdem der Täter die gewaltsame oder unsachgemäße Eröffnung innerhalb des Gebäudes vornimmt, oder ob er die Eröffnung außerhalb bewirkt.

Die ersten Entwürfe sehen daher im Gegensatz zum geltenden Recht nicht mehr in dem Begehungsort oder in der Begehungsart den Qualifikationsgrund; ausschlaggebend soll vielmehr allein die besondere verbrecherische Energie des Täters sein, die sich in dem Überwinden besonderer Hindernisse gegen die Wegnahme äußert.

In der Fassung, wie sie VE., GE. und KE. [112]) fast übereinstim-

---

[110]) Frank, Komm. § 243 Nr. 2. Anm. III. 2. c.; Merkel, in Holtzendorffs Handb. Bd. 3. S. 677;
Allfeld, S. 449.

[111]) Siehe Eckstein in Goltda. Arch. Bd. 61. 284.

[112]) § 270 Nr. 4. VE.; § 298 Nr. 5. GE.,; § 356 Nr. 4 KE.

mend enthalten, ist der Begehungsort als Tatbestandsmerkmal fallen gelassen, und nur noch das Überwinden sich in den Weg stellender Hindernisse entscheidend. Der Tatbestand des geltenden Rechts wird hierdurch ganz außerordentlich erweitert. Einmal ist nicht mehr notwendig, daß aus einem Gebäude oder umschlossenen Raum gestohlen wird; auch Schiffe und Wohnwagen können Begehungsort sein. Außerdem fügte man den bisherigen Qualifikationsgründen noch eine besonders umfassende allgemeine Generalklausel bei: „... durch Überwindung, erheblicher, die Sache gegen Wegnahme sichernder Hindernisse . . .'. Einbruchs- und Nachschlüsseldiebstahl werden zusammengefaßt und die bisherigen Qualifikationsgründe nur noch als Beispiele für die besonderen gegen Wegnahme sichernden Hindernisse erwähnt.

Die Fassung der ersten Entwürfe gab jedoch in ihrer Allgemeinheit zu Bedenken Anlaß. Neue Schwierigkeiten wären die Folge gewesen: Wann ist ein Hindernis erheblich, wie ist die Überwindung zu beurteilen, muß die Überwindung speziell dem Täter Schwierigkeiten gemacht haben, oder genügt es, daß das Hindernis generell geeignet war, dem Täter Schwierigkeiten bei der Wegnahme zu machen?

Unter Berücksichtigung der genannten Bedenken bringen die neueren Entwürfe E 19, E 25 und E 27 grundlegende Änderungen.

Der Entwurf von 1919 behandelte mit Rücksicht auf die tatsächlich in der Praxis erkannten Strafen den schweren Diebstahl als Vergehen, nahm aber den Einbruchsdiebstahl aus dem schweren Diebstahl heraus, um ihn weiterhin wegen seiner Gefährlichkeit als Verbrecher zu behandeln. Wegen Diebstahlsvergehens, schweren Diebstahls, ist hier strafbar, wer aus einem verschlossenen Behältnis stiehlt [113]). Eine Generalklausel, wie sie die vorhergehenden Entwürfe enthalten, fehlt; der Einbruchsdiebstahl wird jedoch auch hier als Verbrechen mit Zuchthaus bedroht [114]).

Erhöhten Rechtsschutz genießen nunmehr im E 19 nicht nur Gebäude oder umschlossene Räume als abgegrenzte Teile der Erdoberfläche, sondern allgemein jeder Raum, in den überhaupt ein Eindringen möglich ist. Aus der Zusammenstellung: „Gebäude oder Wohnung, Geschäftsraum, Schiff oder andern umschlossenen Raum" ist zu entnehmen, daß umschlossener Raum hier anders als im geltenden Recht jeder Teil der Erde ist, der durch Hindernisse gegen das Eindringen von Unbefugten gesperrt sein soll. Die Lücke des geltenden Rechts bezüglich der Schiffe und Wohnwagen sollte durch diese Fassung ausdrücklich beseitigt werden [115]).

Sämtliche Qualifikationen des geltenden Rechts bezüglich der Me-

---

[113]) § 360 Nr. 4 E 19.
[114]) § 361 Abs. 1 E 19.
[115]) Denkschr. z. E 19. S. 308.

thode, vermittels derer der Dieb an den besonders geschützten Ort gelangt, werden auch in den E 19, E 25 und E 27 aufgeführt.

Dadurch, daß in diesen neueren Entwürfen bestraft wird, wer stiehlt, „indem" er einschleicht usw. ist die Unterscheidung, ob das Behältnis innerhalb oder außerhalb des Gebäudes geöffnet wird, die sich aus der Fassung des geltenden Rechts ergab, aufgehoben. Auch wenn das Behältnis aus dem Gebäude herausgeschafft und draußen erbrochen wird, kommen die Bestimmungen des Einbruchsdiebstahls zur Anwendung.

Daß das Einschleichen nicht mehr nur zur Nachzeit strafschärfend wirkt, sondern allgemein einen Qualifikationsgrund abgibt, entspricht den Erfordernissen der Praxis.

Die Entwürfe E 25 [116]) sowie E 27 [117]) haben weiterhin noch das Sich-verborgen-halten neben dem Einschleichen in den Tatbestand eingeführt und damit einen dem Einschleichen verwandten Begriff hinzugefügt, der diesen in passender Weise ergänzt.

Daß der Dietrich unnötigerweise in den Entwürfen neben dem falschen Schlüssel und den andern nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeugen genannt wird, ist unter Umständen nur geeignet, verwirrend zu wirken. Eine Änderung zum geltenden Recht ist damit aber wohl nicht beabsichtigt [118]).

Während also, wie oben S. 24—25 gesagt, die Entwürfe E 19, E 25 und E 27 den Diebstahl unter Sicherungsbruch als Vergehen im einfachen schweren Diebstahl belassen, ihn jedoch durch die Generalklausel erweitern, wird in diesen Entwürfen der Einbruchs- und Nachschlüsseldiebstahl weiterhin als Verbrechen behandelt.

§ 19. Diebstahl mit Waffen.

Der bewaffnete Diebstahl, wie ihn § 243 Nr. 5 des StGB. aufführt, hat sich, trotzdem gerade dieser Qualifikationstatbestand zu den ältesten strafschärfenden Diebstahlsbestimmungen gehört [119]), bei dem also in Literatur und Praxis eine gewisse Erfahrung und Tradition vorhanden sein sollte, in der Fassung des geltenden Rechts nicht übermäßig bewährt. In irgend einer Weise ist daher von sämtlichen Entwürfen eine Reform der Bestimmung versucht worden.

Nach geltendem Recht liegt bewaffneter Diebstahl vor, wenn der Täter oder ein Teilnehmer am Diebstahl bei der Begehung der Tat Waffen bei sich führt.

Bei dieser Fassung war zunächst streitig, was unter Waffe im Sinne der Vorschrift zu verstehen sei, ob Waffe hier im technischen Sinne

[116]) § 298 Abs. 1. E 25;
[117]) § 330 Abs. 1. E 27;
[118]) siehe Klett, a. a. O. S. 22 f.
[119]) Carolina, Art. 159, 160.

gemeint sei[120]), oder allgemein jedes gefährliche Werkzeug, welches geeignet sei, gegebenenfalls als Waffe zu dienen[121]). Wie man sich auch zu dieser Streitfrage stellen mag, unbestritten war jedenfalls, daß Vitriol, Pfeffer und irgendwelche Betäubungsmittel nach geltendem Recht nicht unter den Waffenbegriff fielen.

Die Entwürfe versuchten dem abzuhelfen. Der VE. formulierte allgemein: wer in einer für die persönliche Sicherheit anderer gefährlichen Art, insbesondere unter Mitführung von Waffen und Betäubungsmitteln stiehlt, ähnlich der GE. Auch KE. und E 19 bringen beide noch den Ausdruck Betäubungsmittel, womit jedoch die Forderung Harburgers noch nicht vollständig verwirklicht erscheint[122]). Es ist nicht geklärt, ob z. B. Pfeffer, Vitriol u. dgl. bei der Fassung unter Werkzeuge, durch die ein persönlicher Widerstand überwunden werden soll, (in KE. so statt Waffen) oder unter Betäubungsmittel, welche dem gleichen Zweck zu dienen bestimmt sind, fallen. Pfeffer und Vitriol sind doch nach dem normalen Sprachgebrauch weder Waffen, noch Werkzeuge noch Betäubungsmittel zur Überwindung eines persönlichen Widerstandes. E 25 und E 27 beseitigen diese Schwierigkeit, indem sie neben der Waffe und dem zur Überwindung des persönlichen Widerstandes bestimmten Werkzeug, anstelle des dem gleichen Zwecke zu dienen bestimmten Betäubungsmittels, einfach allgemein jedes Mittel, welches dazu dienen soll, einen persönlichen Widerstand zu überwinden, genügen lassen[123]).

Hierdurch ist gleichzeitig auch die Streitfrage berücksichtigt, die um das „bei sich führen" des geltenden Rechtes entstanden ist. Nach der einen, von Harburger, Liszt-Schmidt, Merkel u. a.[124]) vertretenen Ansicht, genügt zum „bei sich führen" die Tatsache des Besitzes der Waffe und das Bewußtsein des Täters von dieser Tatsache. In Konsequenz hierzu wäre dann das Dienstmädchen, welches die Jagdflinte seines Dienstherrn zum Büchsenmacher bringt und bei der Gelegenheit einen Diebstahl begeht, wegen bewaffneten Diebstahls zu bestrafen. Mit Hinblick auf dieses unhaltbare Ergebnis verlangt die andere Theorie zum bewaffneten Diebstahl, welche insbesondere von Frank und dem Leipziger Kommentar vertreten wird[125]), daß der Täter die Waffe führt, d. h. der Täter muß die Waffe bei sich haben in der Absicht, sie gegebenenfalls zu gebrauchen. Nachdem VE. und

---

[120]) Liszt-Schm., § 128. Anm. 19; Merkel, i. H. H. Bd. 3 S 681.

[121]) Harb. Vergl. Darst. S. 257. Frank, Komm. zu § 243 Nr. 5, Leipz. Komm. zu § 243 Nr. 5. Anm. a.

[122]) Harb. Vergl. Darst.. S. 258, 370.

[123]) § 270 Nr. 5. VE.; § 298 Nr. 6. GE.; § 356 Nr. 5. KE.; § 361 Abs, 2, E 19; § 298 Abs. 2. E 25; § 330 Abs. 2. E 27.

[124]) Harb. S. 258; Liszt-Schm. § 128 II. 5. Anm. 19; Merkel in. H. H. Bd. 3. S. 680; Olsh. § 243 Anm. 46.

[125]) Frank, Komm. zu § 243 Nr. 5; Leipz. Komm. § 243 Nr. 5. Anm. b.

GE. zu dieser Frage nicht Stellung genommen hatten, haben sich die darauf folgenden Entwürfe für die letzte Ansicht entschieden [126]).

Ausgehend von der Tatsache daß dadurch, daß der Täter eine Waffe bei sich führt, eine besondere Gefahr für Leib und Leben des Publikums und der Polizei besteht, der Täter, der eine Waffe mit sich führt, die zur Überwindung von Widerstand bestimmt ist, außerdem in vielen Fällen tatsächlich von der Waffe Gebrauch macht, behandeln sämtliche Entwürfe den bewaffneten Diebstahl als Verbrechen. Die Entwürfe E 19, E 25 und E 27 stellen den bewaffneten Diebstahl seiner Gefährlichkeit nach dem Einbruchs- und Nachschlüsseldiebstahl gleich.

Eine besondere Verschärfung der Strafe erfahren in diesen Entwürfen noch bewaffneter, sowie Einbruchs- und Nachschlüsseldiebstahl, falls sie zur Nachtzeit begangen werden.

§ 20. Diebstahl zur Nachtzeit.

Der Gedanke, daß neben der besonderen Hartnäckigkeit der verbrecherischen Willensbetätigung auch eine erhöhte Gefahr bestehe, daß der Dieb mit anderen Menschen zusammenstoße und damit erfahrungsgemäß eine Überraschung und die Gefahr tätlicher Auseinandersetzung verbunden sei, sowie auch die Erschwerung der Möglichkeit, zur Nachtzeit fremde Hilfe zu erlangen, hatte das geltende Recht veranlaßt den nächtlichen Diebstahl nur in bewohnten Gebäuden erschwert unter Strafe zu stellen. Das geltende Recht verlangte, daß es sich um Gebäude handelte, welche regelmäßig der Nachtruhe dienten [127]).

In der Praxis stellte sich bei der Anwendung der Bestimmung heraus, daß die Fassung zu eng war, es erwies sich, daß allein die Tatsache, daß der Diebstahl nachts begangen wurde, sei es aus Gebäuden jeder Art, sei es auch mit Waffen, genügte, um eine erhöhte Gefahr im oben geschilderten Sinne herbeiführen.

Um wenigstens einigermaßen dem Zweck der Vorschrift gerecht zu werden, hat dann die Praxis im geltenden Recht in ausführlicher Kasuistik dem bewohnten Gebäude, den zu einem bewohnten Gebäude gehörenden umschlossenen Raum, sowie die in einem umschlossenen Raum befindlichen Gebäude, sowie endlich Schiffe, welche bewohnt werden, auslegend gleichgeordnet. Immer mußte jedoch an dem Erfordernis des Bewohntwerdens festgehalten werden.

Auch VE., GE. und KE. [128]) enthalten noch das Erfordernis der „Be-

---

[126]) Auch die historische Entwicklung geht in dieser Richtung CCC Art. 159 und Quistorp a. a. O. § 350.

[127]) § 128. II. 7 Liszt-Schmidt, Lehrbuch.

[128]) § 270 Nr. 5 VE.; § 298 Nr. 6. GE.; § 356 Nr. 6. KE.

wohntheit" des Gebäudes, erst im E 19 fällt dieses Tatbestandsmerkmal weg.

E 19 enthält ebenso wie E 25 und E 27 [129]) den nächtlichen Diebstahl nicht mehr als selbständigen Tatbestand des schweren Diebstahls, sondern nur noch als Strafschärfungstatbestand beim bewaffneten und Einbruchs- und Nachschlüsseldiebstahl. Diese Lösung ist gegenüber dem geltenden Recht eine viel sinngemäßere und praktischere, da sich die selbständige und auf bewohnte Gebäude beschränkte Qualifizierung nicht bewährt hat.

Streit herrscht in der Literatur bezüglich des Begriffes ‚Nachtzeit'. Hier setzt eine Meinung Nachtzeit = Nachtruhe und zwar ortsübliche Nachtruhe [130]), während eine andere Auffassung Nachtzeit mit Dunkelheit gleichsetzt [131]).

Die Verfechter der ersten Ansicht führen für ihre Auffassung ins Feld, daß die besondere Gefährdung der Hausbewohner in der durch die Nachtruhe verminderten Aufmerksamkeit liege. Dieser Auffassung ist nicht zu folgen, denn wenn es schon im geltenden Recht nicht darauf ankommt, ob ein Haus tatsächlich im einzelnen Fall bewohnt ist, wenn es nur regelmäßig der Nachtruhe zu diesem bestimmt ist, die Qualifikation also auch dann Platz greift, wenn in der fraglichen Nacht gerade niemand dort wohnt, kann umso weniger die Nachtzeit mit der Zeit der ortsüblichen Nachtruhe in den einzelnen Entwürfen gleichgestellt sein, in denen es auf die Bewohntheit des Gebäudes garnicht mehr ankommt, sondern jedes Gebäude schlechthin Begehungsort des nächtlichen Diebstahls sein kann.

Der zweitgenannten Ansicht ist der Vorzug zu geben, denn der Grund der Strafschärfung liegt in der Gefährlichkeit, welche die Begehung der Tat zur Zeit der Dunkelheit mit sich bringt. Die Dunkelheit erleichtert dem Diebe einmal seine Straftat, erleichtert sein Entkommen und seine etwaige Verteidigung, die Dunkelheit erschwert dagegen die Entdeckung der Tat und das Erkennen der Persönlichkeit des Diebes.

Eine klare Entscheidung für die eine oder andere Ansicht geben auch die Entwürfe ebensowenig wie das geltende Recht. Hier wäre ein Hinweis im Rahmen des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches am Platze. Eine derartige Bestimmung könne z. B. im E 27 unter den Vorschriften des § 9 (Sprachgebrauch) eingefügt werden. In diesem Zusammenhang würde es sich dann allerdings nicht empfehlen statt Nachtzeit = Dunkelheit zu setzen, denn dann könnte man ja gleich die Vorschrift des Diebstahls zur Nachtzeit in Diebstahl bei

---

[129]) § 361 Abs. 3 E 19; § 298 Abs. 3 E 25; § 330 Abs. 3 E 27.

[130]) Liszt-Schm., Lehrb. § 128. II. 7.; Meyer-Allfeld, S. 450. Schwartz zu 243 Anm. 29.

[131]) Harb. Vergl. Darst. S. 259, Binding, Lehrb. I. S. 301. Frank zu § 243. VII. RGStr. Bd. 3. S. 209.

Dunkelheit umändern. Es wird daher notwendig sein, eine bestimmte Uhrzeit als Nachtzeit festzusetzen, vielleicht geteilt in Sommer- und Winterzeit.

Der E 27 hat in der ersten Lesung des Strafrechtsausschusses des Reichstages in der IV. Wahlperiode noch eine Änderung erfahren, die sich auf den gesamten Tatbestand des § 330 E 27 bezieht. Die Änderung ist rein redaktioneller Natur, im Interesse der klaren Ausdrucksweise des Gesetzes wäre es jedoch empfehlenswert, diese Änderung beizubehalten [132]). Während ursprünglich der § 330 E 27 in Anlehnung an die entsprechenden Bestimmungen der E 19 und E 25 in Abs. 1 den Einbruchsdiebstahl, in Abs. 2 den Diebstahl mit Waffen und in Abs. 3 den Diebstahl zur Nachtzeit als Strafschärfungstatbestand der Abs. 1 und 2 behandelte, änderte die erste Lesung des 21. Reichstagsausschusses diesen Paragraphen in folgender Weise:

> Mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren und wenn die Tat zur Nachtzeit begangen wird, mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren wird bestraft:
>
> 1. wer stiehlt, indem er in ein Gebäude . . . . (wie Abs. 1. E 27.),
> 2. wer einen Diebstahl begeht, bei dem er oder ein Teilnehmer eine Waffe . . . . (wie Abs. 2. E 27.).

Es ergibt sich also, daß in dem letzten Reichstagsentwurf E 27 nur die drei letztgenannten Fälle des schweren Diebstahl als Verbrechen beibehalten sind, während wieder andere Fälle des schweren Diebstahls ganz aus dem Gesetz verschwunden sind, wie z. B. der Bandendiebstahl. (§ 243 Nr. 6 StrGB.)

§ 21. Bandendiebstahl.

Das geltende Strafgesetzbuch enthält in § 243 Nr. 6 als Form des schweren Diebstahls noch den Fall, daß bei der Tat mehrere mitwirken, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub und Diebstahl zusammengetan haben, den sogenannten Bandendiebstahl. Der Zusammenschluß zu einer „Bande" im Sinne dieser Vorschrift kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen [133]). Voraussetzung ist nur, daß die zu begehenden Diebstahlsfälle noch nicht im einzelnen festgelegt sind [134]). Die Form der Teilnahme der einzelnen Bandenmitglieder ist gleichgültig [135]).

Die Entwürfe VE., GE. und KE. [136]) übernehmen den Bandendiebstahl in der Form des geltenden Rechts als schweren Diebstahl, während sowohl E 19, wie E 25 und E 27 den Bandendiebstahl als Tatbe-

---

[132]) Beschlüsse d. 21. Ausschusses. IV. Wahlperiode 1. Lesung Nr. 2. d. Drucksachen V. Wahlperiode. 1930. S. 186. Sp. 2.

[133]) RGStr. Bd. 56. S. 90.

[134]) Harb. Vergl. Darst. S. 258.

[135]) Liszt-Schm., Lehrb. § 128. II. 6.

[136]) § 270. Nr. 6 VE.; § 298 Nr. 7 GE.; § 356 Nr. 7 KE.

standsform des schweren Diebstahls nicht mehr enthalten. Für die besondere Erwähnung des Bandendiebstahls als Begehungsform des schweren Diebstahls besteht nach Ansicht der letzten Entwürfe kein Bedürfnis mehr, da die Fälle, die bisher unter den Tatbestand fielen, nunmehr wohl fast immer unter dem Gesichtspunkt der Gewerbsmäßigkeit strafbar sein würden [137]). Wenn sich mehrere Täter zur gemeinsamen Begehung von Raub oder Diebstahl zusammentun, wird in der Tat in den meisten Fällen ein gewerbsmäßiges Handeln vorliegen, sodaß die Notwendigkeit einer gesonderten Strafbestimmung beim Vorhandensein einer Strafbestimmung gegen gewerbsmäßigen Diebstahl damit entfiele. Hinzu kommt, daß die späteren Entwürfe das besonders strafwürdige der Täter, die Verbindung mit andern Tätern zwecks fortgesetzter Begehung von Verbrechen in einer gesonderten Allgemeinbestimmung enthalten.

E 19 [138]) trifft eine solche Regelung ebenso wie E 25 [139]) in dem Abschnitt: Vorbereitung strafbarer Handlungen. Da in den Tatbeständen der E 19 und E 25 jedoch nur von Verbrechen die Rede ist und infolgedessen bezüglich des Diebstahls als Vergehen bei Fortfallen des Bandendiebstahls als Qualifikation des einfachen Diebstahls eine Lücke entstanden war, hilft E 27 diesem Umstande ab, indem er die Vorschrift in der Weise erweitert, daß er im 13. Abschnitt (Vorbereitung strafbarer Handlungen), die Bandenbildung zur fortgesetzten Begehung von Verbrechen unter Strafe stellt und daneben die Bandenbildung zur fortgesetzten Begehung bestimmter Vergehen bestraft; die hier in Betracht kommenden Vergehen werden im Tatbestand einzeln aufgezählt. Unter ihnen ist auch der Diebstahl mit genannt [140]).

Die Lösung des Problems des Bandendiebstahls, wie sie der E 27 durch Verallgemeinerung der Strafbarkeit der Bandenbildung enthält, wird, soviel bisher vorauszusehen ist, dem wahren Sachverhalt wohl häufiger gerecht werden, wie die Bestimmung in der Fassung des geltenden Rechts. Es entspricht in der Tat mehr den praktischen Erfahrungen, daß sich mehrere Personen zusammenschließen mit dem Ziele, ihren Lebensunterhalt durch gemeinsames Vorgehen auf gesetzwidrige Weise zu verdienen, als daß ein Zusammenschluß zur gemeinsamen Verübung von Diebstahl und Raub vorgenommen wird. Der gemeinschaftliche Vorsatz wird in den meisten Fällen wohl allgemeiner Art sein in dem Sinne, wie E 27 vorsieht. Es ist daher angebracht, die Ausführung des allgemeineren Vorsatzes unter Strafe zu stellen und die Strafbarkeit nicht auf Diebstahl und Raub zu beschränken.

---

[137]) Denkschr. z. E 19. S. 309; Begr. z. E 25. S. 156; Begr. zu. E 27, S. 169.
[138]) § 232 Abs. 2. E 19.
[139]) § 183 Abs. 2. E 25.
[140]) § 198 E 27.

§ 22. Diebstahl im Rückfall.

Das geltende Recht hat den Rückfall nur in einzelnen besonders genannten Fällen als Strafschärfungsgrund verwandt [141]). Verschiedentlich ist diese Behandlung des Rückfalls als systematisch unrichtig angegriffen worden [142]). Demgemäß ist das geltende Recht auch in den Entwürfen den verschiedensten Änderungen unterworfen worden [143]). Die Rückfallsbestimmung wurde in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches übernommen und allgemeine Vorschriften über Verschärfung der ordentlichen Strafe bei Rückfälligkeit aufgestellt.

Grundsätzlich andere Wege geht erst der E 25 in welchem der Rückfall keinen allgemeinen Strafschärfungstatbestand mehr darstellt, sondern nur als Beweismittel dafür angesehen wird, daß der Täter ein für die öffentliche Sicherheit gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist. Diese systematische Stellung ist im E 27 beibehalten worden [144]), trotzdem die Regelung des E 25 ebensosehr gelobt [145]), wie bekämpft worden ist [146]). Ob sich die neue Bestimmung bewährt, muß die Praxis erweisen. Die gesonderte Behandlung gewisser Einzelfälle des Rückfalls hat jedoch erhebliche Nachteile, wie vor allem zu schematische Behandlung des Täters. Daß der Rückfall als Strafschärfungstatbestand einzelner Delikte aus dem Gesetz verschwunden ist, ist jedenfalls ein Vorzug der Regelung der beiden letzten Entwürfe E 25 und E 27.

§ 23. Gewerbsmäßiger Diebstahl.

Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit, den der VE. erstmalig beim Diebstahl einführt [147]), ist im geltenden Strafgesetzbuch bereits bei verschiedenen Vorschriften als Strafschärfungsgrund angewandt [148]).

Nach den VE. bedrohen auch die folgenden Entwürfe teils im allgemeinen, teils im besonderen Teil den gewerbsmäßigen Diebstahl mit erhöhter Strafe [149]).

Entsprechend der Tendenz des E 27, das gewerbsmäßige Verbrechertum zu bekämpfen, enthält dieser Entwurf die besondere Strafbarkeit des gewerbsmäßigen Diebstahls [150]), da die allgemein erhöhte Strafbarkeit gewohnheitsmäßig begangener Verbrechen und Ver-

---

[141]) So z. B. bei Diebstahl (§§ 244, 245); Raub (§ 250. Nr. 5); Hehlerei (§ 261); Betrug (§ 264) sowie in der Reichsabgabenordnung (§ 369) und anderen Nebengesetzen.

[142]) Harb. Vergl. Darst. § 370 f.; Liszt-Schm. § 69. I. 2.

[143]) §§ 87, 88 VE., §§ 95/96, GE., §§ 119, 120 KE.; §§ 118, 119 E 19.

[144]) § 77 E 25; § 78 E 27.

[145]) Gerland, Der Entwurf 1925. S. 93.

[146]) Graf Gleispach. Reform (1926). S. 200.

[147]) § 270 Nr. 7. VE.

[148]) §§ 181 a, 260, 294, 302 e, 361, Nr. 6 a StGB.

[149]) §§ 97/98 GE., §§ 356 Nr. 8. 121 KE.; §§ 362 120 E 19. §§ 299/331 E 25.

[150]) § 331 E 27.

gehen nicht genüge [151]). Das wesentlich verschärfende Moment der Bestimmung des § 331 E 27 liegt darin, daß beim einmaligen Diebstahl schon Gewerbsmäßigkeit vorliegen kann, falls der Täter nur in der Absicht handelt, sich durch wiederholte Begehung der Tat eine Einnahmequelle zu verschaffen [152]). Der E 27 glaubt durch die Einführung der erhöhten Strafbarkeit beim gewerbsmäßigen Diebstahl, wie endlich durch die Behandlung des Rückfalls allgemein als Kennzeichen des Gewohnheitsverbrechertums, die Fälle des Rückfalldiebstahls des geltenden Rechts in systematisch besserer Weise erfaßt zu haben; ebenso wie er durch die Einführung der Gewerbsmäßigkeit als Qualifikationstatbestand einen großen Teil der Fälle des Bandendiebstahls des geltenden Rechts erfaßt zu haben glaubt.

Im Ganzen genommen bedeutet die neue Bestimmung des gewerbsmäßigen Diebstahls eine wesentliche Verschärfung, aber auch eine wesentliche Verbesserung gegenüber dem geltenden Recht, da jeder Diebstahl gewerbsmäßig begangen werden kann und es in das Ermessen des Richters gestellt ist, wann er bei dem Täter Gewerbsmäßigkeit anehmen will [153]).

§ 24. Räuberischer Diebstahl.

Das geltende Recht behandelt den räuberischen Diebstahl, ebenso wie die Entwürfe bis zum E 25 einschließlich, im Zusammenhang mit dem Raub [154]). Die Entwürfe behandelten im Gegensatz hierzu den räuberischen Diebstahl nicht als besondere Bestimmung, sondern, um seine enge Verbundenheit mit dem Raub darzutun, im selben Paragraphen als Abs. 2 der Raubbestimmung.

Demgegenüber hat der E 27 den räuberischen Diebstahl in den Abschnitt über den Diebstahl gesetzt, behandelt ihn hier jedoch, wie das geltende Recht im Raubabschnitt, in einem besonderen Paragraphen [155]).

Es ist erstaunlich, daß ein Delikt, dessen Tatbestand im Verhältnis zum geltenden Recht in allen Entwürfen sachlich nur ganz unwesentlich geändert worden ist, eine solche Umstellung in einen anderen Tatbestandsabschnitt ohne weiteres zuläßt, wie hier die Versetzung aus dem Raubabschnitt in den Diebstahlsabschnitt. Gegenwärtig gibt es in der Hauptsache zwei Theorien über den „räuberischen (raubähnlichen) Diebstahl" von denen bei der Beurteilung des Wechsels der Bestimmung von einem in den andern Abschnitt auszugehen sein wird.

---

[151]) Begr. z. E 27. S. 169.
[152]) Liszt-Schm., Lehrb. § 55. III.
[153]) Begr. z. E 27. S. 169.
[154]) § 252 RStGB.; § 274 Abs. 2. VE.; § 304 Abs. 2 GE.; § 361 Abs. 2 KE.; § 369 Abs 2. E 19; § 305 Abs. 2. E 25.
[155]) § 332 E 27.

Nach der einen Ansicht handelt es sich beim räuberischen Diebstahl um ein aus Diebstahl und Nötigung zusammengesetztes Delikt [156]), während die andere Ansicht im räuberischen Diebstahl nur einen Diebstahl sieht, der durch die nachfolgende Nötigung qualifiziert ist [157]).

Solange der räuberische Diebstahl als gesondert erwähnter Tatbestand besteht, (— zum ersten Male erscheint er, nachdem ihn das preuß. Landrecht noch nicht enthielt, in der preuß. Zirkularverordnung über die Bestrafung des Diebstahls und ähnlicher Verbrechen, vom 26. II. 1799, —) wurde er im Zusammenhang mit dem Raub behandelt. Er galt als selbständiges, die Tatbestandsmerkmale von Diebstahl und Nötigung enthaltendes Delikt [158]).

Demgegenüber vertritt zum ersten Mal die Begründung zu E 27 die Auffassung [159]), daß der räuberische Diebstahl ein qualifizierter Diebstahl ist.

Die Streitfrage wegen der systematischen Stellung des räuberischen Diebstahls hat schon für das geltende Recht keineswegs nur theoretische Bedeutung, denn im Falle, daß man der Ansicht von der selbständigen Natur des Delikts folgt, muß man neben der Strafvorschrift von § 249 StGB. auch die Qualifikationen hierzu zur Anwendung bringen, falls man jedoch den räuberischen Diebstahl für einen Diebstahl hält, gehen dem § 252 StGB. die Vorschriften über den sogenannten Mundraub und die Notentwendung der §§ 370 Nr. 5 und 248 a StGB. vor. Die Begründung des E 27 vertritt wie schon gesagt die letzte Ansicht.

Die erwähnten Streitfragen des geltenden Rechts, ob für den Täter des räuberischen Diebstahls die gesamten Strafbestimmungen wie für einen Räuber anzuwenden sind, also die Strafe des § 249 StGB. sowie die §§ 250, 251 StGB., sind im E 27 dadurch vermieden, daß E 27 in § 332 die Strafbestimmungen ohne Verweisungen auf andere Vorschriften selbständig festsetzt [160]).

Die Konsequenz der Ansicht des E 27, daß der räuberische Diebstahl ein qualifizierter Diebstahl ist, ähnlich wie die Fälle der §§ 329 bis 331 E 27 würde zu dem Ergebnis führen, daß die dem so genannten Mundraub und der Notentwendung des geltenden Rechts entsprechenden Bestimmungen des § 336 E 27 dem räuberischen Diebstahl vorgehen. Diese Folgerung hat der E 27 jedoch nicht gezogen, denn in dem Paragraphen, welcher die Entwendung behandelt, § 336 E 27, sind die Fälle des Diebstahls und der Unterschlagung für die die Entwen-

[156]) RGStr. Bd. 6. S. 244 f.; Bd. 19. S. 147.

[157]) Liszt-Schm., § 128 IV (ziemlich unklar!); Frank, zu § 252 Anm. II. sowie RGStr. 60. S. 380 und Harb. S. 260.

[158]) Ausn. hierzu der preuß. Entwurf v. 1830, der den räuberischen Diebstahl als qualifizierten Diebstahl behandelt.

[159]) Begr. z. E 27. S. 169.

[160]) Bezgl. des Verhältnisses des § 252 zu §§ 24—248 StGB.: Frank, § 252 Anm. II, 1. Liszt-Schm., § 128 IV. 34.

dung Sonderdelikt sein soll, abschließend aufgezählt und der § 332 E 27, der räuberische Diebstahl ist nicht darunter.

Liegt also nach dem E 27 räuberischer Diebstahl vor, so ist, trotzdem dieser als qualifizierter Diebstahl ausdrücklich bezeichnet ist, auf ihn die Privilegierung des § 336 (Entwendung) nicht anwendbar. Anders liegt die Sache beim Familiendiebstahl [161]), hier fehlt die Ausnahmebestimmung wie bei der Entwendung, woraus zu entnehmen ist, daß der Familiendiebstahl nach dem E 27 dem räuberischen Diebstahl vorgehen soll.

Frank vertritt schon für das geltende Recht den Standpunkt, daß der Gehilfe des Diebes Täter des räuberischen Diebstahls ist, wenn er Raubmittel anwendet, um den Täter im Besitz der gestohlenen Gegenstände zu erhalten. Dieser Ansicht ist der Entwurf dadurch gefolgt, daß als Täter des räuberischen Diebstahls ausdrücklich bezeichnet wird, wer Raubmittel anwendet, um sich oder einen andern im Besitz der gestohlenen Sache zu erhalten. Diese Streitfrage ist damit ebenso beseitigt, wie diejenige Gesetzeslücke, die sich darin äußerte, daß nur derjenige wegen räuberischen Diebstahls bestraft werden konnte, also unter die besonders verschärften Strafbestimmungen des Raubes fiel, der Raubmittel anwandte, um sich im Besitze des gestohlenen Gutes zu erhalten, während derjenige, der die Raubmittel anwandte, um sich der Bestrafung zu entziehen, ein gewiß ebenso strafwürdiger und ebenso häufiger Fall, nur nach den allgemeinen Diebstahlsgrundsätzen zu bestrafen war. Diesem Übelstande ist durch Einführung des Tatbestandsmerkmals, daß auch derjenige Täter des räuberischen Diebstahls ist, der Raubmittel anwendet, um sich oder einen andern der Bestrafung zu entziehen, abgeholfen.

Es würde sich im übrigen empfehlen, in den neuen Tatbestand des räuberischen Diebstahls die Zwischentatbestände, welche z. T. wegen der Einführung der Bereicherungsabsicht in den Diebstahlstatbestand, z. T. um Lücken auszufüllen im Diebstahlstatbestand neu aufgestellt sind, — die unberechtigte Aneignung, sowie die dauernde Entziehung von Sachen — noch mit aufzunehmen, denn es ist nicht einzusehen, weshalb die Vorschrift der unberechtigten Aneignung z. B. auf den Diebstahl beschränkt bleiben sollte. Die Ausdehnung des räuberischen Diebstahls auf die unberechtigte Aneignung würde gegenüber dem geltenden Recht tatsächlich keine Erweiterung darstellen, da auch das geltende Recht beim räuberischen Diebstahl keine Bereicherungsabsicht verlangt. Auch dadurch, daß die unberechtigte Aneignung auch für die Unterschlagung als Ersatztatbestand gilt, wird eine tatsächliche Erweiterung des räuberischen Diebstahls im Verhältnis zum geltenden Recht nicht eintreten.

---

[161]) § 355 E 27.

III. Abschnitt.

Die Privilegierten Diebstahls- und Unterschlagungsfälle nach geltendem Recht und Entwürfen.

§ 25. Familiendiebstahl.

§ 247 StGB. unterscheidet in Abs. 1 Familiendiebstahl, bzw. Unterschlagung vom Gesinde- oder Hausdiebstahl bzw. Unterschlagung.

Der Familiendiebstahl ist folgendermaßen formuliert: „Wer einen Diebstahl, bzw. Unterschlagung gegen Angehörige, Vormünder und Erzieher begeht, ist nur auf Antrag zu bestrafen".

Ist der Antrag gestellt, dann wird der Täter nach den allgemeinen Diebstahls- und Unterschlagungsgrundsätzen behandelt. In Abs. 2 dieser Vorschrift, bleibt der Diebstahl von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie straflos (ebenso der Diebstahl unter Ehegatten).

Der Familiendiebstahl hat im geltenden Recht weniger deshalb Schwierigkeiten in der Anwendung gemacht, weil man über die Bedeutung der Bestimmungen theoretisch nicht einig war, und über die Auslegung Streit geherrscht hätte, sondern der Streit über die Vorschrift drehte sich vor allem um die Zweckmäßigkeit der Fassung der Vorschrift. Hier gingen allerdings die Meinungen im Einzelfalle stark auseinander. — (Daß es sich um persönliche Strafausschließungsgründe handelt, ist wohl auch auf Grund des § 247 Abs. 3 StGB. unbestritten.) —

Schon das gemeine Recht läßt bei Familiendiebstahl eine Strafe nicht zu, sondern nur Schadensersatz. Die Carolina erwähnt in Art. 165 den Diebstahl des nächsten Erben und den Diebstahl unter Ehegatten und erklärt beide für Antragsdelikte [162]).

Ebenso steht das geltende Recht bei Familiendiebstahl auf dem Standpunkt, daß es Sache der Eltern und Erzieher sein müßte, selbst zu beurteilen, ob eine gerichtliche Bestrafung des Täters dem Erziehungszweck entsprechen würde, oder nicht.

Die Entwürfe [163]) stellen einer oft geäußerten Forderung entsprechend neben Eltern, Vormünder und Erzieher noch den Pfleger, da das Verhältnis zwischen Pfleger und Pflegebefohlenen regelmäßig kein anderes, als zwischen Vormund und Mündel sei [164]). Die Hervor-

---

[162]) Art. 165 CCC. (Die Bestrafung des Familiendiebstahls soll nach gemeinrechtlichen Grundsätzen vor sich gehen, dort ist Schadenersatz, keine Strafe vorgesehen. Zit. Schier a. a. O. S. 46).

[163]) § 273 Abs. 2 VE.; § 303 Abs. 2. GE.; § 359 Abs. 1. KE.; § 365 Abs. 1. E 19; § 302 Abs. 1 E 25; § 335 Abs. 1. E 27.

[164]) Begr. z. VE. S. 751.

hebung dieser Personen entspricht dem Gedanken, daß es mit Hinblick auf das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Täter und Verletzten der Beurteilung des Antragberechtigten überlassen bleiben müsse, wann er eine gerichtliche Bestrafung für notwendig halte.

Aus Gründen der Pietät und des Interesses, welches der Staat an einem harmonischen, auf gegenseitigem Vertrauen beruhenden Familienleben hat, sind die Fälle der Diebstähle von Angehörigen untereinander allgemein zu Antragsdelikten gemacht worden. Auch hier sollen grundsätzlich erst die Beziehungen der Familienmitglieder untereinander den Ausgleich zu schaffen suchen.

VE. und GE. übernehmen noch die Bestimmung des geltenden Rechts, welches den Diebstahl an Angehörigen absteigender Linie für straflos erklärt. Die späteren Entwürfe machen diesen Fall zum Antragsdelikt [165]). Eine begrüßenswerte Änderung. Bislang sind Fälle, in denen ein Großvater Gelder seines Mündels und Enkels veruntreut [166]), bzw. ein Elternteil freies Kindervermögen etwa aus Erbschaft oder Arbeitsverdienst unterschlägt oder stiehlt [167]), nicht strafbar gewesen, was stets als Lücke im Gesetz betrachtet wurde. Aus dem Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Täter und dem Verletzten muß sich die Möglichkeit für den Verletzten ergeben, darüber zu befinden, ob er die gerichtliche Verfolgung dieser Fälle einleiten will. Immerhin besteht keine Veranlassung, die Bestimmung des geltenden Rechts beizubehalten, und grundsätzlich eine Verfolgung derartiger Fälle auszuschließen. In Erkenntnis der Unbilligkeit dieser Regelung ist daher dieser Fall in den Entwürfen seit dem KE. zum Antragsdelikt gemacht worden [168]).

Beim Diebstahl unter Ehegatten treten jedoch zu den oben genannten ethischen Gesichtspunkten noch praktische Erwägungen hinzu. Während VE., GE. und KE. ebenso wie das geltende Recht den Diebstahl unter Ehegatten grundsätzlich für straflos erklären, behandeln E 19, E 25 und E 27 diesen Fall als Antragsdelikt (s. hierzu Anm. 165).

Der 21. Ausschuß des Reichstages der IV. Wahlperiode hat den Diebstahl unter Ehegatten für straflos erklärt im Gegensatz zu den letzten Entwürfen, allein dieses nur unter der Voraussetzung, daß die Ehegatten zur Zeit der Tat noch in häuslicher Gemeinschaft miteinander leben [169]). Im übrigen bleibt, wenn das nicht der Fall ist, nach

---

[165]) § 11 Abs. 2. E 25; § 10 E 27; Ehegatten sind ebenso wie Verwandte Absteigender Linie Angehörige i. Sinne des Gesetzes.

[166]) Begr. z. E 25. S. 157.

[167]) § 1650 BGB.

[168]) E 27 sagt anstelle von Antrag des Verletzten: Verlangen des Verletzten. Siehe hierzu die Ausführungen S.

[169]) Nr. 2. d. Druckschr. V. Wahlperiode, 1930. 18. Ausschuß S. 188/190. (Beschlüsse des 21. Ausschusses in erster Lesung).

dieser Fassung der Diebstahl unter Ehegatten als Angehörigendiebstahl nach § 335 E 27 in Verbindung mit § 10 E 27 Antragsdelikt.

Diese Lösung erfaßt das Problem bisher in der besten Weise. Tatsächlich wird es im Einzelfall schwer halten, wie auch die Begründung zum E 27 zugeben muß [170]), festzustellen, wer der Eigentümer der Sachen ist, welche von den Ehegatten im häuslichen Zusammenleben benutzt werden. Häufig liegen Schenkungen vor u. dgl. Damit, daß der Diebstahl hier Antragsdelikt wird, ist aus dieser Schwierigkeit nicht geholfen. Wenn erst einmal das eheliche Vertrauensverhältnis zwischen den Ehegatten derart zerrüttet ist, daß ein Ehegatte den andern bestiehlt bzw. ein Ehegatte wegen eines Vorfalles, der als Diebstahl aufgefaßt werden könnte, Strafanzeige gegen den andern Ehegatten erstattet, wird sich häufig auch durch die Aussagen der Parteien nicht mehr feststellen lassen, wer in Wahrheit der Eigentümer der streitigen Sache ist. Solange die Ehegatten in häuslicher Gemeinschaft leben, ist also wegen der Eigentumsfrage ebenso wie auch deswegen, weil es u. U. eine unerträgliche Belastung des ehelichen Vertrauensverhältnisses darstellen würde, wenn es durch zweifelhafte Fälle, die gerade durch die Tatsache der häuslichen Gemeinschaft bedingt sein können, in die Hand eines Ehegatten gegeben ist, den andern zur Anklage zu bringen, Straflosigkeit angebracht.

Leben die Ehegatten nicht in häuslicher Gemeinschaft, so kann der Diebstahl unter ihnen genau so behandelt werden, wie jeder andere Angehörigendiebstahl. Die durch das Zusammenleben bedingten Beweis- und anderen Schwierigkeiten fallen unter diesen Umständen fort. Falls zwischen den Ehegatten eine häusliche Gemeinschaft nicht besteht, ist anzunehmen, daß infolge der getrennten Haushalte eine Auseinandersetzung bezüglich der gemeinschaftlichen Sachen stattgefunden hat.

Der Regelung des Strafrechtsausschusses, welche auch von den deutschen und österreichischen Strafrechtskonferenzen vorgesehen ist, ist daher als im Interesse einer praktischen Lösung dieser Frage durchaus zuzustimmen [171]).

§ 26. Gesinde- oder Hausdiebstahl.

Neben dem Familiendiebstahl behandelt § 247 StGB. noch den sogenannten Gesinde- oder Hausdiebstahl:

> Wer einen Diebstahl gegen seinen Lehrherrn begeht, oder gegen eine Person, in deren häuslicher Gemeinschaft er sich als Gesinde befindet, ist nur auf Antrag zu bestrafen, falls es sich nur um Sachen von unbedeutendem Wert handelt.

---

[170]) Begr. z. E 27. S. 170.

[171]) Zusammenstellung 16. der Drucksachen des 21. Ausschusses des Reichstages. IV. Wahlperiode zu § 335 Abs. 3. (Auch Nr. 395 d. Drucksachen V. Wahlperiode 1930. Antrag Dr. D. Kahl und Gen. § 335 d. Antrages).

Bald nach der Einführung des Strafgesetzbuches erhob sich der Streit um die Auslegung der Bestimmung. Es war von Anfang an streitig, ob privilegiert der Diebstahl nur gegen den Lehrherrn, oder auch gegen Angehörige des Lehrherrn, oder auch gegen Mitdienstgenossen sein sollte. Aus dem Wortlaut der Bestimmung läßt sich eine klare Entscheidung dieser Frage nicht entnehmen, es war daher stets bestritten, wann die Privilegierung nun eigentlich Platz greifen sollte.

Frank[172]) läßt außer den Angehörigen des Dienstherren auch noch die Mitdienstgenossen unter § 247 fallen, Liszt-Schmidt[173]) und das RG.[174]) rechnen die Angehörigen, insbesondere die Ehefrau des Dienstherrn zu den unter § 247 genannten Personen, während Schwartz[175]) nur den Dienstherrn selbst hierher rechnen will. Eine klare Entscheidung kann nach geltendem Recht nach der einen oder anderen Richtung nicht getroffen werden, da eben der Wortlaut nicht unmißverständlich sich für eine Richtung entscheidet.

Auch der VE. und der GE.[176]) schaffen in dieser Beziehung keine unmißverständlichen Bestimmungen. Ihr Wortlaut lehnt sich eng an § 247 des geltenden Rechts an, mit dem Unterschied, daß hier der Ausdruck „als Gesinde" des geltenden Rechts gestrichen ist. Erst der KE. nimmt eindeutig zur Streitfrage Stellung[177]). Außer den anderen Fällen wird ausdrücklich als Antragsdelikt bezeichnet, eine Unterschlagung oder ein Diebstahl gegen eine Person, mit der der Täter in häuslicher Gemeinschaft lebt. Die vorhergehenden Entwürfe enthielten ebenso wie das geltende Recht noch die mißverständliche Fassung, in der als Verletzter eine Person anzugeben ist „in deren häuslicher Gemeinschaft" der Täter lebt. Durch die Zusammenstellung mit Lehrherren, Vormund und Erzieher usw. ergab sich dann die Frage, wer mit „in deren häuslicher Gemeinschaft" gemeint sein sollte. Diese Fassung, die im geltenden Recht durch „als Gesinde" ergänzt wurde, war auch dann, wie oben gesagt, nicht unzweideutig, wenn „als Gesinde" fortgelassen war.

Insoweit ist also die Fassung des KE. entschieden klarer, in der es heißt „das gleiche gilt (nämlich Verfolgung nur auf Antrag), wenn der Täter einer solchen Person, mit der er in häuslicher Gemeinschaft lebt, ... Sachen von unbedeutendem Wert stiehlt oder unterschlägt." In dieser Fassung ist alles fortgelassen, was auf ein soziales Abhängigkeitsverhältnis zwischen Täter und Verletztem deuten könnte, Verletzte sowie Täter können sämtliche Hausgenossen untereinander sein.

---

[172]) Frank, zu § 247 II.
[173]) Liszt-Schm., § 128 V. 2. b.
[174]) RGStr. Bd. 40. S. 1 und 187.
[175]) Schwartz zu § 247 Anm. II.
[176]) § 273 Abs. 2. VE.; § 303 Abs. 2. GE.
[177]) § 359 Abs. 1. KE.

Die Entwürfe E 19, E 25 und E 27[178]) haben diese Regelung des KE. sämtlich übernommen und wollen mit dieser Privilegierung tatsächlich den Kreis von Täter und Verletzten auf sämtliche Hausgenossen erweitern.

Ebenso haben sämtliche Entwürfe mit Ausnahme des E 27[179]) als Voraussetzung für die Privilegierung, daß es sich bei den Objekten von Diebstahl und Unterschlagung, um Gegenstände von unbedeutendem bzw. geringem Wert handeln muß. Der E 27 hat glücklicherweise diese Bestimmung fallen gelassen. Im geltenden Recht haben sich an dieses Erfordernis des unbedeutenden Wertes die verschiedensten Streitfragen geknüpft[180]). Insofern ist es unbedingt ein Fortschritt gegenüber den geltenden Bestimmungen, wenn dieses Erfordernis des unbedeutenden Wertes aus dem Gesetz wenigstens hier verschwindet. Die mit einer so unbestimmten Fassung naturgemäß verbundene Ungleicheit in der Beurteilung der Fälle ist stets als Nachteil empfunden worden.

Die Fälle, in denen die Verfolgung nunmehr dadurch gehindert wird, daß der Verletzte ohne einen Antrag zu stellen gestorben ist[181]), sind so vereinzelt und wenig ins Gewicht fallend, daß sie ruhig in Kauf genommen werden können, wenn dafür dann diese Streitfrage aus der Welt geschafft ist.

§ 27. Notdiebstahl bzw. Notunterschlagung.

Wenn man eine Reform der beiden Bestimmungen des § 248 a und des § 370 Nr. 5 des StGB. beabsichtigt, um etwaige Nachteile, die sich im Laufe der Anwendung herausgestellt haben sollten, zu beseitigen, wird man sich zunächst vorhalten müssen, daß der Sinn der beiden Tatbestände ein gänzlich verschiedener ist. Beide Tatbestände können daher nicht einheitlich behandelt werden oder gar in einem vereinigt werden[182]).

Der Grund der Privilegierung des § 248 a, der Notentwendung[183]), liegt darin, daß zur Tat nicht eine besondere asoziale Gesinnung, eine Mißachtung der Rechtsordnung oder niedrige Motive die Veranlassung waren, sondern die Not. Die Bestimmung setzt voraus, daß der ihm innewohnende Selbsterhaltungstrieb den Täter so erfaßt hat, daß er mangels einer anderen Möglichkeit für sich und die Seinen Unterhalt schafft in einer Weise, die an sich den Tatbestand von Diebstahl und Unterschlagung erfüllt, infolge der Zwangslage, in der sich der Täter befindet, jedoch privilegiert ist.

---

[178]) § 365 E 19.; § 302 E 25.; § 335 E 27.
[179]) Begr. z. E 27. S. 170.
[180]) Frank, zu § 247. II. 2.
[181]) Mot. z. Novelle 1876. (Zit. Klett, a. a. O. S. 51.!)
[182]) A. A. Klett, a. a. O. S. 55.
[183]) Eingeführt durch die Novelle vom 19. VI. 1912.

Die Notentwendung ist im geltenden Strafgesetzbuch ebensowenig wie die Gebrauchsmittelentziehung des § 370 Nr. 5 privilegierter Diebstahl, bzw. privilegierte Unterschlagung im Sinne der Privilegierung des Haus- und Gesinde-, sowie Familiendiebstahls, bzw. Unterschlagung. Beide Delikte enthalten vielmehr selbständige gesonderte Vergehens-, bzw. Übertretungstatbestände. Der Versuch bleibt demnach straflos, und ebensowenig ist eine Verurteilung wegen dieser Delikte rückfallbegründend nach § 244 StGB.

Auch die Entwürfe behandeln sämtlich die Notentwendung in diesem Sinne [184]) [185]).

Von dieser Sonderbehandlung der Notentwendung machen die Entwürfe von 1925 und 1927 insofern eine Ausnahme, als nicht mehr grundsätzlich jeder Diebstahl, bzw. jede Unterschlagung, solange sie aus Not geschieht und sich der Täter bei der Wegnahme, bzw. Zueignung auf geringwertige Gegenstände beschränkt, als Notentwendung zu bestrafen ist. Die Entwürfe führen vielmehr die Fälle, in denen das Motiv der Not und die Geringfügigkeit des Objekts eine Sonderbehandlung rechtfertigt, bei der Notentwendung einzeln auf.

In den Fällen, welche in den Entwürfen nicht genannt werden, z. B. § 330 Abs. 2 E 27. Diebstahl mit Waffen; § 331 E 27, gewerbsmäßiger Diebstahl; § 332 E 27 räuberischer Diebstahl, soll die Privilegierung nicht durchgreifen. Diese Fälle sind nach den allgemeinen Bestimmungen zu behandeln. Der Grund für diese Trennung ist klar ersichtlich: Bei dem Diebstahl mit Waffen und den anderen ausgenommenen Fällen, geht dem Mitleid und Verständnis des Gesetzgebers für die Notlage des Täters das Schutzbedürfnis der Allgemeinheit gegen derartige Taten vor. In den genannten Fällen würde die Gefährlichkeit der Tat in einem zu großen Mißverhältnis mit der milden Strafandrohung der Notentwendung stehen.

Die Angriffe, welche insbesondere von Binding [186]) gegen den Standpunkt des geltenden Rechts gerichtet worden sind, daß dort auch in den Fällen, in denen ein Diebstahl unter an sich qualifizierenden Umständen begangen wird, eine Sonderbehandlung im Sinne des § 248 a Platz griffe, treffen, bei der Lösung der Frage, wie sie die letzten beiden Entwürfe in der oben geschilderten Weise vornehmen, nur noch zum Teil zu. Die Strafe des qualifizierten Diebstahls ist jetzt ebenso, wie die Strafe der Notentwendung im Normalfalle Vergehensstrafe, sodaß in der Praxis weitgehende Ausgleichsmöglichkeiten durch die Strafzumessung gegeben sind. Immerhin wird auch der Regelung, wie sie der E 27 trifft, der Vorwurf der Willkürlichkeit

---

[184]) Begr. z. E 27. S. 171.

[185]) § 272 VE.; § 301 GE.; § 360 KE.; § 366 Abs. 1 E 19; § 303 Abs. 1. E 25.; § 336 Abs. 1 E 27.

[186]) Binding. Lehrb. I. S. 307 f.

gemacht [187]). Es erscheint fraglich, ob derjenige, welcher bei Nacht einen Einbruchdiebstahl begeht, auch wenn er aus Not gehandelt hat und nur Sachen von geringem Wert dabei wegnimmt, nicht trotzdem ebensowenig einer Sonderbehandlung seiner Tat als Notentwendung würdig ist, wie derjenige, welcher bei der Begehung der Tat Waffen mit sich führt, um einen etwaigen sich ihm entgegenstellenden Widerstand zu überwinden. Der E 27 macht hier diesem bedenklichen Unterschied, indem es im ersten Falle die Notentwendung zuläßt, und im zweiten Falle, dem bewaffneten Diebstahl, sie ausschließt, indem er ihn bei der Notentwendung nicht erwähnt.

Es wäre daher zu überlegen, ob nicht im Interesse einer gerechten Regelung zweckmäßigerweise die Notentwendung als Privilegierung nur auf den einfachen, sowie auf den gewöhnlichen schweren Diebstahl beschränkt würde, während für alle weiteren Fälle des schweren Diebstahls, insbesondere für den besonders schweren Fall des Einbruchdiebstahls usw. die Privilegierung nicht Platz griffe.

Eine solche Lösung hätte m. E. gegenüber dem andern Vorschlage, alle Qualifizierungen von der Notentwendung auszuschließen und diese nur bei dem einfachen Delikt von Diebstahl und Unterschlagung anzuwenden, das voraus, daß sie dem Sinne der Bestimmung mehr entsprechen würde. Der Zweck der Bestimmung, die aus Selbsterhaltungstrieb, aus Not begangene Tat vor der, beim Fehlen der Notentwendung als Tatbestand, eintretenden Behandlung als Diebstahl oder Unterschlagung zu bewahren, den Täter nicht mit dem Odium einer solchen Bestrafung zu belasten, würde bei einer Beschränkung der Sonderbehandlung auf das einfache Delikt nur unvollkommen erreicht werden. Der Punkt bei dem das Schutzbedürfnis der Allgemeinheit das soziale Verständnis für die Notlage des Täters übersteigen muß, scheint mir bei dem Vorschlag, die Sonderbehandlung der Notentwendung auf die einfachen Delikte von Diebstahl und Unterschlagung, sowie auf die einfach qualifizierten Fälle zu beschränken, am besten bestimmt zu sein. In diesem Falle würde dann die Notentwendung den §§ 328/329 E 27 dem Diebstahl und einfachen schweren Diebstahl, weiter dem § 333, Unterschlagung, und dem § 334, unberechtigte Aneignung, vorgehen.

Die Beschlüsse des 21. Reichstagsausschusses der IV. Wahlperiode [188]) wollen ebenso, wie der Antrag Dr. D. Kahl u. Gen. [189]) die Notentwendung auch noch für den gewerbsmäßigen Diebstahl zulassen.

Gewerbsmäßigkeit bei der Begehung eines Delikts, ist gleichbedeutend mit der Absicht des Täters, sich durch wiederholte Begehung

---

[187]) Klett. Diss. Tüb. a. a. O. S. 60.
[188]) RTgs. Druckschr. Nr. 2. IV. Wahlperiode. 1930. S. 190
[189]) RTgs. Druckschr. Nr. 395. V. Wahlperiode. 1930. S. 71.

des Delikts eine Einnahmequelle zu verschaffen [190]). Es würde der oft geäußerten Grundtendenz des Entwurfs, der besonders scharfen Bekämpfung des Berufsverbrechertums widersprechen, wollte man dieser Anregung folgen. Gerade der Täter, welcher gewerbsmäßig, d. h. in der Absicht handelt, sich durch wiederholte Begehung der Tat nicht etwa nur einen einmaligen Vermögensvorteil (Geschäftsmäßigkeit) [191]), sondern eine dauernde Einnahmequelle zu verschaffen, ist nicht der sozialen Idee der Vorschrift des § 336 I E 27 würdig, der nur Entwendung aus Not im Auge hat.

Wenn ein Täter dadurch, daß er in Not gerät, zum Berufsverbrecher wird, und gewerbsmäßig stiehlt, mag es sich auch nur um Gegenstände von geringem Werte handeln, so muß ihn dann trotzdem die Strafe des gewerbsmäßigen Diebstahls treffen. Was oben bezüglich des nächtlichen Einbruchsdiebstahls und des Diebstahls mit Waffen und ihrem Verhältnis zum Schutzbedürfnis der Gesellschaft und deren sozialem Verständnis für die Notlage des Täters gesagt ist, gilt in besonderem Maße auch für den gewerbsmäßigen Diebstahl.

§ 28. Entziehung von Verbrauchsgegenständen.

Zum Unterschied von der Notentwendung liegt der Privilegierungsgrund beim sogenannten Mundraub in der Geringfügigkeit der Rechtsverletzung. Der Täter entwendet einen geringfügigen Gegenstand, d. h. entwendet in geringer Menge, oder von geringem Wert zum alsbaldigen Verbrauch. Auch bei der Verbrauchsmittelentziehung kommt ebenso wie bei der Notentwendung zu dem Grundtatbestand des Diebstahls und der Unterschlagung noch ein weiteres Tatbestandsmerkmal hinzu, bei der Notentwendung die Not, bei der Verbrauchsmittelentziehung des § 370 Nr. 5 StGB. ist das Motiv der Tat die Befriedigung einer augenblicklichen Lüsternheit oder Naschhaftigkeit.

Aus diesem Tatbestand des § 370 Nr. 5 StGB. hat sich eine Reihe von Streitfragen entwickelt, welche die Entwürfe in verschiedener Weise berücksichtigen.

So ist z. B. in der Literatur bemängelt worden, daß derjenige, der aus Naschhaftigkeit eine geringfügige Sache zum alsbaldigen Verbrauch wegnimmt, sich nur einer Übertretung schuldig macht, während, wer dieselbe Tat aus Not begeht, wegen Vergehens nach § 248 a bestraft wird. Um diese Sinnwidrigkeit zu beseitigen, haben daher sämtliche Entwürfe des KE. [192]) die Entziehung von Verbrauchsgegenständen zum Vergehen erhoben [193]).

Ebenso hat sich die Tatsache, daß die Verbrauchsmittelentziehung gegenüber dem Diebstahl und der Unterschlagung, ebenso wie die

[191]) Liszt-Schm., § 55. III. 2.
[192]) § 272 VE.; § 301 GE.; § 366 E 19.; § 303 E 25.; § 336 E 27.
[193]) § 421 KE.
[193]) § 421 KE.

Notentwendung, einen Sondertatbestand bildet, und infolgedessen auch den qualifizierten Tatbeständen gegenüber vorgeht, in der Praxis als nachteilig erwiesen. Harburger[194]) hatte deshalb gefordert, daß beim Vorliegen irgendwelcher Erschwerungsgründe gegenüber den Grundtatbeständen die Privilegierung nicht Platz greifen sollte. Auch Binding hatte mit Recht darauf hingewiesen, daß der Grund für die Privilegierung der Verbrauchsmittelentziehung in der Hauptsache auch in der leichten Begehbarkeit des Delikts liege[195]), eine Tatsache, die bei der Mehrzahl der Qualifikationsgründe, die nach dem Wortlaut einzelner Begründungen zu den Entwürfen eine besonders hartnäckige Betätigung der verbrecherischen Energie des Täters erfordern und für erhöht strafbar erklären, wegfallen würde.

E 27 hat zur Definition des Wortes „Entwendung" eine Anzahl von Fällen in Abs. 1 des § 336 E 27 aufgezählt, die auch für Abs. 2 dieser Bestimmung, in welcher der Ausdruck Entwendung gleichfalls gebraucht wird, ebenfalls Geltung haben. Zweckmäßigerweise wird in dem künftigen Strafgesetzbuch die Sonderbehandlung der Verbrauchsmittelentziehung auf die einfachen, nicht qualifizierten Fälle des Diebstahls und der Unterschlagung beschränkt, sowie, falls für diese Delikte die Bereicherungsabsicht eingeführt werden sollte, außerdem noch für die unberechtigte Aneignung des § 334 E 27. Eine weitere Ausdehnung etwa noch auf den Rahmen der von der Notentwendung erfaßten Fälle würde sich nicht empfehlen, wenn man der Auffassung Bindings folgt, daß ein Hauptgrund der Privilegierung in der leichten Begehbarkeit des Delikts und dem damit verbundenen, wenig hartnäckigen Vorsatz erblickt. Notentwendung und Verbrauchsmittelentziehung sind zwei Delikte, welche nichts miteinander gemeinsam haben, außer, daß sie beide als Grundtatbestände auf Diebstahl, bzw. Unterschlagung zurückgehen. Es besteht demnach keine Veranlassung diese beiden Delikte hinsichtlich ihrer Ausdehnung gleichmäßig zu behandeln. Die allzu schematische Gleichstellung von Notentwendung und Verbrauchsmittelentziehung hat im Strafrechtsausschuß des Reichstages IV. Wahlperiode[196]) schon dazu geführt, daß sogar eine gewerbsmäßige Verbrauchsmittelentwendung möglich ist, ein Ergebnis, welches schon bei der Notentwendung zu merkwürdigen Folgerungen führen kann, bei der Verbrauchsmittelentziehung jedoch dem Charakter des Delikts völlig entgegensteht.

Die Schwierigkeit, die Schäfer[197]) für den E 27 darin erblickte, daß bei Einführung der Bereicherungsabsicht in den Tatbestand von Diebstahl und Unterschlagung nunmehr eine Menge Fälle der Ge-

---

[194]) Harb. S. 372 f.
[195]) Binding. Lehrb. I. S. 307 ff.
[196]) Nr. 2. d. RTgs. Druckschr. 18. Auschuß. V. Wahlperiode S. 190 f.
[197]) Schäfer, in Jur. Rundsch. 1926. 2. Jahrg. Nr. 3 Sp. 141.

brauchsmittelentwendung mangels Vorliegens der Bereicherungsabsicht nicht strafbar sein würden, ist durch Einführung der unberechtigten Aneignung im E 27 im Gegensatz zum E 25 aus dem Wege geräumt.

Für die Verbrauchsmittelentziehung hat der Tatbestand noch besondere Bedeutung, denn gerade hier wird dem Täter besonders häufig die Bereicherungsabsicht fehlen, sodaß dann die unberechtigte Aneignung als Grundlage für den Tatbestand der Verbrauchsmittelentziehung eintreten wird. Hieraus ergibt sich also dann die Folge, daß neben Diebstahl und Unterschlagung noch die unberechtigte Aneignung in dem Tatbestand der Verbrauchsmittelentziehung erwähnt werden muß.

Im geltenden Recht ist weiterhin bestritten, ob Nahrungs- oder Genußmittel nur insoweit Gegenstand des Delikts aus § 370 Nr. 5 StGB. sein können, als sie Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs sind, außerdem ist fraglich, ob der Täter die Sachen zum alsbaldigen eigenen Verbrauch, oder auch zum alsbaldigen Verbrauch für Fremde entwenden kann.

Die Ansicht Seidels[198]), nach welcher Nahrungs- und Genußmittel nur dann Gegenstand der Verbrauchsmittelentziehung sein können, wenn sie Gegenstand des hauswirtschaftlichen Verbrauchs sind, eine Ansicht, die sich auf das „oder andere" des geltenden Rechts stützt, ist im Sinne der herrschenden Lehre, die anderer Ansicht als Seidel ist[199]), dadurch entschieden, daß die Entwürfe das zu Mißverständnissen Anlaß gebende Wort „andere" einfach weglassen.

Die Streitfrage, ob Verbrauchsmittelentziehung auch vorliegt, wenn der Täter die Sachen nicht zum alsbaldigen Verbrauch für sich, sondern für einen Dritten wegnimmt, ist durch den KE.[200]) in dem Sinne entschieden worden, daß für jeden Dritten weggenommen kann, während E 25 und E 27 die Einschränkung machen[201]), daß nur die Entziehung für sich oder einen Angehörigen privilegiert ist.

Die Verbrauchsmittelentziehung ist im übrigen mit Rücksicht auf die Geringfügigkeit des angerichteten Schadens, ebenso wie die Notentwendung im geltenden Recht, wie in sämtlichen Entwürfen Antragsdelikt.

Wenn allerdings bisher gesagt wurde, Haus- und Familiendiebstahl, ebenso wie Notentwendung und Verbrauchsmittelentziehung seien im geltenden Recht, wie auch in den Entwürfen Antragsdelikte, so ist das wörtlich genommen nicht ganz genau. Der E 25 macht die Strafverfolgung in diesen Fällen von der „Zustimmung" des Verletz-

---

[198]) Seidel, i. Monatsschr. f. Krim. Psychologie. Nr. 9. S, 206,

[199]) Frank, z. § 370. Nr. 5. Anm. 3; RGStr. 47. S. 247. Meyer-Allfeld, S. 453; a. a. Liszt-Schm. 129 VII.

[200]) KE. § 360. —

[201]) § 366 E 19; § 303 E 25; § 336 E 27.

ten abhängig. Diese „Zustimmung" ist in E 25 ebenso, wie der „Antrag" im geltenden Recht und den Entwürfen bis zum E 19 nach herrschender Meinung als Prozeßvoraussetzung anzusehen [202]). Der „Antrag" des Verletzten bedeutet Anregung und Ermächtigung der zuständigen Behörde zur Verfolgung der Tat, demgegenüber bedeutet „Zustimmung" eine Einschränkung der Mitwirkung des Verletzten bei der Strafverfolgung insofern, als die Anregung der Strafverfolgung nun nicht mehr von dem Verletzten auszugehen braucht. „Zustimmung" bedeutet im Gegensatz zu „Antrag" nur negativ die Äußerung des Einverständnisses des Verletzten zu der ihm mitgeteilten Absicht der Strafverfolgung der Tat. Der E 27 hat demgegenüber statt der Zustimmung des Verletzten wieder das Verlangen des „Verletzten" gesetzt. Sachlich bedeutet „Verlangen" wohl dasselbe wie „Antrag" des geltenden Rechts. Damit besteht insoweit im E 27 Übereinstimmung mit dem geltenden Recht und den Entwürfen mit Ausnahme des E 25.

IV. Abschnitt.

§ 29. Unterschlagung im geltenden Recht und den Entwürfen.

Im geltenden Recht liegt die Unterscheidung zwischen Unterschlagung und Diebstahl darin, daß bei der Unterschlagung die fremde Sache im Augenblick der Aneignung sich im Gewahrsam des Täters befindet, während zum Tatbestand des Diebstahls außer der Aneignung noch der Bruch fremden Gewahrsams vorausgesetzt wird [203]). Die Unterschlagung ist daher im Gegensatz zum Diebstahl, dem durch Gewahrsamsbruch qualifizierten Aneignungsdelikt, als das einfache Aneignungsdelikt bezeichnet worden.

Die Änderungen der Entwürfe, des VE., GE., KE. und E 19, betreffen zunächst die gleichen Streitpunkte, wie beim Diebstahl. Außer der Einführung der Bereicherungsabsicht in den Tatbestand des GE. und der Erwähnung der „Zueignung an einen Dritten" des GE., KE. und E 19 sowie den anderen, dem Diebstahlstatbestand entsprechenden Änderungen, hat der Unterschlagungstatbestand jedoch auch in den Entwürfen einige Änderungen erfahren, die speziell die Unterschlagung betreffen und mit den tatbestandlichen Änderungen beim Diebstahl in keinem Zusammenhang stehen.

§ 246 StGB. bestraft wegen Unterschlagung denjenigen, der sich eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, rechtswidrig zueignet. Was zunächst den Ausdruck „Besitz oder Gewahrsam" angeht, so ist schon oben beim Diebstahl hervorgehoben,

---

[202]) Liszt-Schmidt, Lehrb. § 45 III. Anm. 2.
[203]) Liszt-Schm., § 131. II. 2.

daß es sich hier um zwei verschiedene Worte für denselben Begriff handelt, nämlich den strafrechtlichen Gewahrsam.

Um auch in Zukunft Streitfragen, die sich mit der Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches über das Verhältnis des strafrechtlichen zum bürgerlichrechtlichen „Besitz" ergaben, zu vermeiden, nehmen die Entwürfe den Ausdruck „Besitz" nicht mehr in den Tatbestand auf und reden nur noch vom „Gewahrsam", womit auch äußerlich die Verschiedenheit der beiden Begriffe betont ist.

§ 30. Die negative Festsetzung des Gewahrsams in den Entwürfen mit Ausnahme des E 25.

Im Gegensatz zum geltenden Recht, welches positiv die Unterschlagung nur an Sachen zuläßt, welche der Täter zur Zeit der Tat in seinem Gewahrsam hat, formulieren die Entwürfe, mit Ausnahme des E 25, der in Bezug auf die Unterschlagung eine Sonderstellung einnimmt, sämtlich den Gewahrsam im negativen Sinne. Die Entwürfe verlangen nur, daß sich das Objekt der Unterschlagung im Augenblick der Tat nicht in fremdem Gewahrsam befinden darf.

Die Fassung des geltenden Rechts genügte den Erfordernissen der Praxis tatsächlich auch nur in mangelhafter Weise. Sie führte besonders bei der sogenannten Fundunterschlagung zu den gewundensten Konstruktionen. Die herrschende Lehr verlangte in Anlehnung an den Wortlaut der Unterschlagung im Gesetz positiv, daß der Täter der Unterschlagung Gewahrsam an der Sache hatte [204]). Binding allerdings will hier im Wege der berichtigenden Auslegung auch die Fälle, in denen Sachen zugeeignet werden, die nicht im Gewahrsam des Täters stehen, als Unterschlagung bestrafen [205]). Aber selbst wenn Binding mit seiner Ansicht Recht hätte, daß die Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre, den Gegensatz zur Aneignung durch Wegnahme aus fremdem Gewahrsam, durch die Fassung, „die er in Gewahrsam hat", zu betonen, so ist jedenfalls diese Absicht des Gesetzgebers in der Fassung des geltenden Rechts nicht zum Ausdruck gekommen. Man kann in diesem Falle über den klaren Wortlaut der Bestimmung nicht hinweg, welcher Gewahrsam des Täters erfordert. Es ist nicht angängig, die Gesetzesbestimmung entgegen ihrem klaren Wortlaut auszulegen, mag dieser auch anders ausgefallen sein, als der Gesetzgeber beabsichtigte [206]).

Die negative Fassung des Gewahrsams in den Entwürfen, ist wie oben gesagt, der Regelung des geltenden Rechts vorzuziehen, da die Fälle, in denen eine Sache, die sich in niemandes Gewahrsam be-

---

[204]) Liszt-Schm., § 131. II. 2. Olshausen, 8. a. zu § 246. Frank, zu § 246. II. 3.

[205]) Binding. Lehrb. Bes. Teil. I. S. 275.

[206]) Krebs, a. a. O. Diss. Breslau, 1915. S. 79 ff. wie Binding,

findet, zugeeignet wird, bei der Konstruktion der Strafbarkeit große Schwierigkeiten machten. Die Schwierigkeiten wurden bisher auf die verschiedenartigste Weise gelöst:

In den Partikulargesetzen des 19. Jahrhunderts wurde allgemein die Fundunterschlagung von der eigentlichen Unterschlagung getrennt behandelt [207]) [208]). Späterhin hat man wohl geglaubt, der Fall der Fundunterschlagung sei mit unter den Normalfall der Unterschlagung zu bringen.

Die Fundunterschlagung machte bei der Fassung des geltenden Rechts jedoch deshalb Schwierigkeiten, weil der Wortlaut des Gesetzes voraussetzt, daß die Zueignung n a c h der Gewahrsamsbegründung erfolgt, während bei der Fundunterschlagung tatsächlich häufig gleichzeitig im Augenblick der Gewahrsamsbegründung die Zueignung erfolgt.

Abgesehen von B ü h r e r [209]) und O p p e n h o f - D e l i u s [210]), die in diesem Falle völlige Straflosigkeit annehmen, da die Zueignung schon durch Inbesitznahme erfolgt sei, während der Wortlaut des § 246 StGB. eine zeitlich nach der Gewahrsamsbegründung liegende Zueignung fordere, sieht z. B. M e y e r - A l l f e l d [211]) den Gewahrsam des Täters schon begründet unmittelbar nach dem Finden und vor der Zueignung (gemeint ist bei Meyer - Allfeld mit Zueignung wohl die tatsächliche Ansichnahme). S c h a p p e i [212]) betrachtet zwar die Zueignung in § 246 des StGB. prinzipiell als einen nach der Gewahrsamsbegründung liegenden Akt; bei der Fundunterschlagung seien aber diese beiden Akte derartig eng aneinander gerückt, daß sie einander unmittelbar folgten und eine Zeitspanne nicht zwischen ihnen liege.

Wohl durch nichts wird die Änderungsbedürftigkeit des Tatbestandes der Unterschlagung im geltenden Recht klarer bewiesen, als durch diese Behelfskonstruktionen, die notwendig sind, um eine Bestrafung der Fundunterschlagung nach geltendem Recht zu ermöglichen, die nach dem strengen Wortlaut des Gesetzes straflos bleiben müßte.

Die negative Fassung des Gewahrsams beseitigt alle diese Schwierigkeiten, indem sie ohne Rücksicht auf die Meinungen in der Literatur, die eine derartige Fassung teilweise nicht für notwendig halten, den Geltungsbericht der Unterschlagung unmißverständlich auf diese Fälle ausdehnt.

---

[207]) Vgl. Strafgesetze v. Baden (§ 407); Hannover (Art. 305); Hessen (Art. 381); Sachsen (Art. 241); siehe dazu S c h i e r, a. a. O. S. 76

[208]) Auch vorher § 23. Teil I. Titel 9. Preuß. Landrecht.

[209]) B ü h r e r, i. Goltda. Arch. Bd. 59. S. 438.

[210]) O p p e n h o f f - D e l i u s, a. a. O. S. 613. Anm. 30 zu § 246.

[211]) M e y e r - A l l f e l d., Lehrb. S. 436. Anm. 36.

[212]) S c h a p p e i, a. a. O. S. 60/61.

§ 31. Fremde Sache? (Veruntreuung.)

Besonderer Erwähnung bezüglich der Behandlung der Unterschlagung bedarf noch der E 25. In Konsequenz der ganzen Geistesrichtung des Entwurfs, der die psychologischen Grundlagen der Tat beim Täter besonders betonen will, zerlegt E 25 den Unterschlagungstatbestand in zwei selbständige Tatbestände: Veruntreuung (§ 300 E 25) und Unterschlagung (§ 301 E 25). In diesem Zusammenhang ist die Veruntreuung der primäre und die Unterschlagung der sekundäre Begriff. Die Unterschlagung ist nur eine Zueignung „abgesehen von den Fällen der Veruntreuung".

Hierzu führt die Begründung des E 25 aus [213]), der Entwurf sei hier der Auffassung des österreichischen Rechts gefolgt, welches die beiden Gruppen der Veruntreuung und der Unterschlagung scharf von einander getrennt habe [214]). Hierdurch werde es ermöglicht, die psychologischen und ethischen Verschiedenheiten der beiden Fälle besser als bisher zu berücksichtigen.

Gerade bei dem Entwurf von 1925 zeigt sich jedoch die besondere Gefahr der übermäßigen Berücksichtigung psychologischer Momente, die im Verhältnis zum geltenden Recht in den Entwürfen zu einer außerordentlichen Ausdehnung des richterlichen Ermessens geführt hat.

§ 300 Abs. 1 E 25 bestraft denjenigen wegen Veruntreuung, der sich eine ihm anvertraute fremde bewegliche Sache zueignet, in der Absicht, sich, oder einen Dritten damit unrechtmäßig zu bereichern. Der Entwurf verlangt hier für die Unterschlagung, ebenso wie für die Veruntreuung, daß das Objekt der Tat, eine fremde, d. h. dem Täter nicht gehörige Sache sei. Mit der Begründung [215]), daß dadurch, daß im geltenden Recht nur die rechtswidrige Zueignung f r e m d e r Sachen als Unterschlagung unter Strafe gestellt sei, manche an sich strafwürdige Tat nicht bestraft werden könne, wird in Abs. 2 des § 300 E 25 derjenige gleichfalls wegen Veruntreuung bestraft, der in Bereicherungsabsicht anvertrautes Gut, insbesondere Geld verbraucht und verausgabt. Vom Erfordernis der Fremdheit der Sache ist hier ausdrücklich abgesehen.

So bestechend auf den ersten Blick auch diese Lösung des E 25 erscheint, nach der ermöglicht wird, daß eine Menge von Fällen nunmehr als Unterschlagung zu bestrafen sind, die nach geltendem Recht teilweise überhaupt nicht strafbar sind, die Bestrafung derartiger Fälle ist kein Problem, welches im Rahmen der Eigentumsdelikte zu lösen wäre, sondern als ein Problem der Untreue bei den Vermögensdelikten zu behandeln.

---

[213]) Begr. z. E. 25. S. 156.
[214]) § 183 d. österr. StGB. v. 1852; § 340 d. österr. Entw. v. 1912.
[215]) Begr. z. E 25. S. 156 f.

Gedacht war bei der Einführung dieser Bestimmung wohl vor allem daran, sicherungsübereignete Sachen in gleicher Weise vor Veruntreuung zu schützen, wie z. B. verpfändete Gegenstände; auch der Fall, daß jemand, der im eigenen Namen für fremde Rechnung Geschäfte abschließt, an den gekauften Sachen nach den Regeln des Zivilrechts Eigentum erworben hat und nunmehr diese Sachen für sich verbraucht, wäre nach § 300 Abs. 2 E 25 strafbar; endlich fällt unter § 300 Abs. 2 E 25 noch der Fall, daß jemand an Geld, welches er gesammelt oder sonstwie anvertraut erhalten hat, durch Vermischung Eigentum erworben hat, und das Geld nun für sich verbraucht. Alle diese Fälle gehören jedoch nicht in den Abschnitt Eigentumsdelikte, sondern sind als Vermögensdelikte unter anderen Bestimmungen zu bestrafen. Der Vertrauensbruch, um einen solchen handelt es sich ja wohl hier, bildet kein wesentliches Tatbestandsmerkmal des Deliktstyps: ‚Eigentumsdelikt' sondern kann nur, vorausgesetzt, daß die anderen Tatbestandsmerkmale der Unterschlagung erfüllt sind, einen erschwerenden Umstand darstellen.

Strafwürdige Handlungen, die nicht an fremden, d. h. nicht im Eigentum des Täters stehenden Gegenständen verübt werden, dürfen auch nicht im Zusammenhang mit den Eigentumsdelikten behandelt werden [216]).

Während im deutschen Recht das Strafwürdige der Unterschlagung, die bezüglich der Strafe wie Diebstahl behandelt wurde, in dem diebischen Behalten einer fremden Sache gesehen wurde [217]), die Art des Erlangens des Gewahrsams spielte hier keine Rolle, drang allerdings im gemeinen Recht die Ansicht durch, daß das eigentlich Strafwürdige der Unterschlagung in dem Vertrauensbruch des Täters liege [218]). Noch das preußische Strafgesetzbuch von 1851 stand auf diesem Standpunkt [219]), im geltenden Recht dagegen bildete die Unterschlagung anvertrauter Sachen nur noch einen Strafschärfungsgrund gegenüber der einfachen Unterschlagung.

Die sämtlichen Entwürfe mit Ausnahme des VE. und des E 25 [220]) führen die Unterschlagung anvertrauter Sachen nicht mehr als Strafschärfungsgrund auf [221]), mit der Begründung, daß es viele Fälle gäbe, die genau so strafwürdig, wie die Unterschlagung anvertrauter Sachen seien, jedoch als einfache Unterschlagung bestraft werden müßten, weil die Sache nicht „anvertraut" sei [222]). Man hilft sich aus dieser Schwierigkeit in den Entwürfen mit einer Erweiterung des Strafrahmens.

---

[216]) Schäfer, in J. Rundsch. 1926. Nr. 2. Sp. 76 77.
[217]) Sachsenspiegel II. 29.
[218]) Constitutio Criminalis Carolina Art. 170.
[219]) Vgl. Liszt-Schm., Lehrb. § 131. I.
[220]) VE. 271 Abs. 3; E 25 § 300 und Begr. z. E 25 S. 156.
[221]) § 299 GE.; § 358 KE.; § 364 E 19; § 333 E 27.
[222]) Denkschr. z. E 19 S. 310; Begr. z. E 27 S. 170.

Weil aber in besonders unruhigen und politisch bewegten Zeiten mit einer Ausdehnung des richterlichen Ermessens, wie sie die Erweiterung des Strafrahmens darstellt, die Gefahr verknüpft ist, daß dem Richter Parteilichkeit vorgeworfen wird, könnte man über die Ausschaltung des Vertrauensbruches als Strafschärfungsgrund verschiedener Meinung sein [223]), hier ist jedoch zu bedenken, daß das Strafgesetzbuch für normale Zeiten bestimmt ist und es nicht als Voraussetzung gelten darf, daß der Richter dem Vorwurf der Parteilichkeit ausgesetzt wird, wenn auch dieser Vorwurf politisches Argument weitester politisch radikaler Kreise ist. In normalen Zeiten ist die Ausdehnung des richterlichen Ermessens bei dieser Frage also eine begrüßenswertere Lösung, als die Einführung einer Schärfungsbestimmung, die nicht dem Wesen einer solchen entspricht.

Wenn man also nun in diesem Falle dem häufig mißbrauchten Schlagwort: „Täterstrafe statt Tatstrafe!" zustimmen kann, insoweit auch einer Erweiterung des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung zuzustimmen ist, so zeigt doch der E 25 deutlich, wohin die übertriebene Anwendung solcher Grundsätze führen kann: Zu einer gefährlichen Verwischung der Grenzen der Einzeltatbestände untereinander. Nachdem bei Diebstahl und Unterschlagung die strengen Grundsätze der Eigentumsdeliktstheorie aufgegeben waren, und nicht mehr der formelle Schutz des Eigentums maßgebend war, man vielmehr diesen formellen Standpunkt zu Gunsten einer mehr subjektiven Auffassung, der Vermögensdeliktstheorie aufgegeben hatte, war es folgerichtig auch kein weiter Schritt mehr zur Außerachtlassung des verletzten Rechtsgutes, des Eigentums.

Der E 27 hat, diesen Erwägungen Rechnung tragend, die Veruntreuung wieder aus dem Abschnitt „Diebstahl und Unterschlagung" entfernt und sie zur Untreue verwiesen, wohin sie ihrem Wesen nach auch gehört. Immerhin zeigt das Auftauchen der Veruntreuung in § 300 Abs. 2 E 25 in dem Abschnitt der Eigentumsdelikte, wohin die übertriebene Berücksichtigung des Grundsatzes „Täterstrafe statt Tatstrafe" führen kann.

V. Abschnitt.

Unberechtigte Aneignung und dauernde Entziehung von Sachen.

§ 31. Unberechtigte Aneignung.

In der Literatur ist gegen die Fassung von Diebstahl im geltenden Recht stets eine Reihe von Fällen angeführt worden, die nach geltendem Recht als Diebstahl, bzw. Unterschlagung bestraft würden, und

[223]) In diesem Zusammenhang sei besonders auf die Ausführungen Fingers hingewiesen in Ger. Saal. Bd. XCV. S. 109 ff.

deren Bestrafung unter diesen Gesichtspunkten angeblich dem Volksempfinden zuwider laufen sollte. Merkel[224]) führt eine Reihe solcher Fälle auf: u. a. die Wegnahme einer wertlosen Sache, die Forderungsbefriedigung durch widerrechtliche Wegnahme seitens des Gläubigers, sowie der rechtswidrige eigenmächtige Tausch, d. h. die Wegnahme unter Zurücklassung des Gegenwertes.

Mit der Einführung der Bereicherungsabsicht in den Grundtatbestand von Diebstahl und Unterschlagung scheiden die genannten Fälle aus diesem Tatbestand aus, „da ihnen für die natürliche Vorstellung das Typische des Diebstahls fehle“[225]). Immerhin bestand jedoch insoweit Einmütigkeit, als man die genannten Fälle sämtlich für strafwürdig, wenn auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Diebstahls, bzw. der Unterschlagung hielt[226]).

Der GE.[227]), der zunächst die Absicht sich durch die Zueignung einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, in den Grundtatbestand von Diebstahl und Unterschlagung einführt, schafft daher für die hierdurch strafbar bleibenden Fälle widerrechtlicher Zueignung den Tatbestand der „Eigenmächtigen Zueignung“[228]). „Wer ohne die in §§ 297, 299 bezeichnete Absicht, eine fremde bewegliche Sache sich zueignet ... wird bestraft.“ Die folgenden Entwürfe KE. und E 19 enthalten wegen Fehlens der Bereicherungsabsicht im Grundtatbestand, die eigenmächtige Zueignung nicht. Auch in E 25 fehlt ein entsprechender Tatbestand, trotzdem der E 25 die Bereicherungsabsicht im Tatbestand von Diebstahl und Unterschlagung wieder enthält. Diese verschiedentlich gerügte Lücke hat dann der E 27 wieder ausgefüllt, indem er in § 334 wegen „Unberechtigter Aneignung“ bestraft, : „denjenigen, der abgesehen von den Fällen des Diebstahls und der Unterschlagung eine fremde bewegliche Sache sich zueignet.“

Falls tatsächlich die Einführung der Bereicherungsabsicht bei Diebstahl und Unterschlagung beibehalten werden sollte, ist dieser Tatbestand der „Unberechtigten Aneignung“ eine Notwendigkeit, um die hierdurch erfolgte Einengung des Tatbestandes wieder auszugleichen. § 334 E 27 läßt in seiner allgemein gehaltenen Fassung die Frage des Gewahrsams völlig offen, sodaß Gegenstand der Tat jede fremde bewegliche Sache sein kann, gleichgültig, ob sie im Gewahrsam des Täters, des Verletzten, oder eines Dritten stehen sollte. Entsprechend der Fassung bei Diebstahl und Unterschlagung ist es ebenfalls gleichgültig, ob der Täter die Sache sich selbst oder einem Dritten zueignet.

---

[224]) Merkel, in Holtzendorffs. Handb. d. StrR. S. 659 ff.
[225]) Begr. z. E 25 S. 151; Begr. z. E 27 S. 164.
[226]) Begr. z. E 27. S. 170.
[227]) GE. §§ 297, 299.
[228]) GE. § 300.

So weit es sich bisher übersehen läßt, umfaßt der Tatbestand der „Unberechtigten Aneignung" nunmehr in allgemeiner Formulierung sämtliche durch die Neueinführung der Bereicherungsabsicht in den Grundtatbestand von Diebstahl und Unterschlagung aus diesem ausscheidenden Handlungen.

§ 32. Dauernde Entziehung von Sachen.

Der von den KE., E 19, E 25 und E 27 [229]) neu aufgestellte Tatbestand der dauernden Entziehung von Sachen unter den strafbaren Tatbeständen der Eigentumsdelikte, beseitigt in äußerst glücklicher Weise eine alte Streitfrage und füllt eine stets unangenehm empfundene Lücke im Gesetz. Durch die neue Strafbestimmung werden eine Reihe von Grenztatbeständen zwischen Diebstahl, bzw. Unterschlagung und Sachbeschädigung für strafbar erklärt, über deren Strafwürdigkeit ebenso wie über deren systematische Einordnung unter einen Tatbestand des geltenden StGB. bisher stets Streit geherrscht hatte [230]). Hier werden Fälle, die wegen mangelnder Zueignungsabsicht seitens des Täters bisher als Diebstahl zu bestrafen schwer fiel, nunmehr selbständig für strafbar erklärt. Gemeint sind etwa Fälle, in denen jemand einen fremden goldenen Ring ins Meer wirft, die in einem fremden Fischbehälter eingeschlossenen Fische durch Öffnen des Behälters schwimmen läßt. Wegen mangelnder Zueignungsabsicht waren diese Fälle, wie gesagt, nicht als Diebstahl, bzw. Unterschlagung strafbar, um den Tatbestand der Sachbeschädigung zu erfüllen, fehlte die hierzu notwendige Beschädigung oder Zerstörung der Sachsubstanz.

Der VE. hielt Fälle dieser Art nicht für strafwürdig und war im übrigen auch der Ansicht, daß die zivilrechtlichen Schutzbestimmungen ausreichend seien, um in den genannten Fällen das Eigentum vor derartigen widerrechtlichen Eingriffen zu schützen [231]). Vor allem glaubte man jedoch die Tragweite der neuen Bestimumng nicht übersehen zu können und lehnte daher die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in das neue Strafgesetzbuch ab.

Der GE [232]) brachte eine diese Fälle einschließende Vorschrift im Zusammenhang mit der Sachbeschädigung; ebenso enthielt der KE. [233]) eine Vorschrift, die als „arglistige Benachteiligung im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen diesen Fall behandelt. E 19 [234]) bringt dagegen ebenso wie E 25 [235]) und E 27 [236]) einen ge-

---

[229]) § 337 E 27. (Vgl. entspr. Vorschr. in § 373 KE.; § 368 E 19; § 304 E 25.
[230]) Frank, § 303 Anm. II. 1; Liszt-Schm., Lehrb. § 132. II. 2. Harburger, Vergl. Darst. S. 215. Abs. 2; RGStr. Bd. 13. S. 27.
[231]) Begr. z. VE. S. 707 f.
[232]) Begr. z. GE. S. 279. § 305 GE.
[233]) § 373 KE.
[234]) § 368 E 19. — [235]) § 304 E 25. — [236]) § 337 E 27.

sonderten Tatbestand der „Dauernden Entziehung von Sachen", der in den beiden Lesungen des Strafrechtsausschusses des Reichstages in der IV. Wahlperiode [237]), sowie in dem Überleitungsantrag Dr. D. Kahl und Genossen beim Beginn der V. Wahlperiode [238]) unverändert geblieben ist. Die Fassung des E 27 faßt den Tatbestand der arglistigen Sachentziehung so eng, daß die zunächst befürchtete uferlose Menge von Verfolgungen wohl dadurch verhindert ist.

In der vorliegenden Fassung erscheint die Bestimmung, so weit sich bisher übersehen läßt, durchaus brauchbar und ihr Vorhandensein prinzipiell ebenso notwendig, wie das Bestehen einer Bestimmung über die Beschädigung und Zerstörung, sowie die Zueignung fremder Sachen. § 337 E 27 bestraft daher wegen dauernder Sachentziehung denjenigen, ‚der in der Absicht, jemandem Nachteil zuzufügen eine fremde Sache einem andern dauernd entzieht'. Hiernach ist nicht erforderlich, daß sich der Gegenstand im Gewahrsam des Eigentümers befindet. Angriffsobjekt ist eine fremde Sache, d. h. zunächst dasselbe Objekt, welches in Diebstahl und Unterschlagung auch geschützt ist, ausgedehnt wird der Schutz der Bestimmung dann auch noch auf unbewegliche Sachen.

Die Ausdehnung des Delikts auf unbewegliche Sachen ist schon aus systematischen Gründen bedenklich. Ebenso wie die in § 300 Abs. 2 E 25 erfolgte Ausdehnung der Bestimmung auf unbewegliche Sachen bedenklich erschien, ist auch der hier vorgenommenen Erweiterung des Kreises nicht zuzustimmen. Es ist auch im Übrigen nicht leicht, einen derartigen Fall der „dauernden Entziehung einer unbeweglichen Sache" zu konstruieren: etwa, daß jemand bei seinem Gegner den diesen schützenden Damm durchsticht und nunmehr das Grundstück des Gegners durch Abschwemmung diesem teilweise entzieht. Gerade für derartige Fälle sind jedoch andere Strafbestimmungen vorhanden, wie hier z. B. Sachbeschädigung. Diese Ausdehnung der geschützten Objekte läßt nicht übersehen, was nunmehr alles von der neuen Bestimmung erfaßt werden wird, sodaß schon aus diesem Grunde die Erweiterung auf unbewegliche Sachen vermieden werden sollte.

Ebenso wird über den Begriff der „dauernden" Entziehung erst die Praxis Klarheit schaffen können. Im Augenblick der Handlung des Täters braucht theoretisch noch nicht festzustehen, daß diese eine dauernde sein wird, hierauf muß sich jedoch der Vorsatz des Täters erstrecken. Eine dauernde Entziehung wird man also etwa dann annehmen können, wenn aus der Handlung des Täters zu entnehmen ist, daß er die Wiedererlangung der weggenommenen Sachen dem

---

[237]) Zusammensellung für den 18. Ausschuß. V. Wahlperiode. RTgs. Druckschr. Nr. 2. (Strafgesetzbuch) S. 19 o. f.

[238]) RTgs. Druckschr. Nr. 395. V. Wahlperiode 1930. Antrag Dr. D. Kahl und Gen. S. 72. (§ 337).

Eigentümer bis zur Unmöglichkeit erschwert hat. Hierbei sind dann die tatsächlichen Verhältnisse, in denen sich Eigentümer und Sache vor und nach der Tat, infolge der Tat befinden, zu berücksichtigen[239]).

§ 33. Das Verhältnis der dauernden Entziehung und der unberechtigten Aneignung (§§ 337, 334 des E 27) zu den andern Eigentumsdelikten.

Die unberechtigte Aneignung hat, wie sich aus der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der Bestimmung ergibt, gegenüber Diebstahl und Unterschlagung subsidiäre Bedeutung, d. h., falls Diebstahl und Unterschlagung vorliegen, ist die unberechtigte Aneignung ausgeschlossen. Der Wortlaut der Bestimmungen sowohl des § 300 GE., wie auch des § 334 E 27 bringt klar zum Ausdruck, daß die unberechtigte Aneignung nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn durch die Einführung der Bereicherungsabsicht und die dadurch eingetretene Einengung des Tatbestandes von Diebstahl und Unterschlagung einzelne an sich strafwürdige, nach geltendem Recht auch gemäß §§ 242, 246 StGB. strafbare Handlungen nunmehr von dem Grundtatbestand von Diebstahl und Unterschlagung nicht mehr erfaßt werden sollten[240]). („Wer ohne die in §§ 297, 299, (Diebstahl und Unterschlagung) bezeichnete Absicht... usw.: GE."). („Wer abgesehen von den Fällen des Diebstahls und der Unterschlagung... usw.: E 27").

Auch für den Geltungsbereich der dauernden Entziehung in Benachteiligungsabsicht kann auf Grund der Entstehungsgeschichte der Vorschrift die subsidiäre Geltung gegenüber dem Diebstahl und der Unterschlagung angenommen werden[241]). Diese Vorschrift verdankt ihre Entstehung dem Umstande, daß eine Reihe von Grenztatbeständen nach geltendem Recht nicht strafbar waren, die eigentlich strafwürdig erschienen. Wie auch das RG. einmal betont, schließt an sich der Diebstahls-Vorsatz die Benachteiligungsabsicht des Diebes nicht aus[242]). Auch nach der Neufassung der Grundtatbestände nach Einführung der Bereicherungsabsicht erscheint es durchaus möglich, daß der Täter mit Bereicherungsabsicht d. h. also mit Diebstahlsvorsatz und gleichzeitig mit Benachteiligungsabsicht gehandelt hat. Diese Fälle

---

[239]) Dem Vorschlage Klett s, der eine erhebliche Erweiterung des Tatbestandes dadurch vorschlägt, daß er die vorsätzliche dauernde Schadenszufügung durch Entziehung einer fremden Sache bestrafen will, ist nicht zuzustimmen, denn gerade in der engen Fassung liegt der besondere Vorzug der Bestimmung, die sonst viel zu weit ausgedehnt würde, und dann wahrscheinlich tatsächlich Fälle erfassen würde, bei denen die zivilrechtlichen Schutzbestimmungen ausreichen. (Klett, a. a. O. S. 11 f.).

[240]) Begr. z. E 27. S. 164/170.

[241]) Schäfer, in Jur. Rundschau. 2. Jahrg. 1926. Nr. 3, Sp. 143.

[242]) RGStr. Bd. 10. S. 391.

sind, jedoch dann ebenso wie im geltenden Recht bei gleichzeitigem Vorliegen des Diebstahlstatbestandes als Diebstahl, bzw. Unterschlagung zu bestrafen, nur wenn die Benachteiligungsabsicht allein vorliegt, ist der Tatbestand des § 337 E 27 anwendbar. Dann jedoch allein und nicht neben dem Diebstahls-Tatbestand.

Anhang.

Kurzer Überblick über die Geschichte des Diebstahls und der Unterschlagung, sowie über ihre Behandlung in den wichtigsten außerdeutschen Gesetzbüchern.

VI. Abschnitt.

§ 34. Geschichtlicher Überblick.

Das römische Recht faßte ohne weitere Unterscheidung sowohl Diebstahl, wie Unterschlagung unter den Begriff des Furtum. Nach der bekannten Bestimmung D 47, 2 1 § 3: „furtum est contrectatio rei braudulosa lcri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve", ist furtum die widerrechtliche, gewinnsüchtige Entwendung einer fremden beweglichen Sache. Der Diebstahl wird als Diebstahl am Privatgut, als Deliktum privatum behandelt und war demgemäß Antragsdelikt des Geschädigten, der gegen den Täter mit der actio furti vorgehen konnte. Erst in der Kaiserzeit erwies sich die bisherige Regelung als unzureichend und einzelne Diebstahlsfälle verfielen als crimina extraordinaria in einer extraordinaria cognitio der öffentlichen Strafe. Herausgehoben wurden hier insbesondere gewisse Fälle, die eine besondere Gefährdung enthielten, oder die sich durch die Art und Weise der Begehung als besonders strafwürdig erwiesen. Hierzu gehören insbesondere das Delikt des nächtlichen bewaffneten Diebstahls (falls die Wegnahme mit Waffengewalt geschah oder als Straßenraub, bei dem der Geschädigte verwundet wurde, wurde die Tat nach der Lex Cornelia de sicariis als Raub bestraft, ohne jedoch eine grundsätzliche Trennung der Tat vom Begriff des furtum vorzunehmen [243]), die Delikte der balnearii = Badediebe, etwa heute als Paletotmarder zu bezeichnen, die effratores = Einbrecher, saccularii d. h. Diebe, die beim Öffnen oder Verpacken der Geldsäcke oder Waren sich an fremdem Eigentum vergriffen.

Das Strafwürdige der Tat sieht das römische Recht jedenfalls in dem Bruch der Eigentumsordnung, weshalb ein Unterschied zwischen Raub, Diebstahl und Unterschlagung nicht gemacht wurde. Dem

[243]) Mommsen. Röm. Str. R. 1899. S. 775.

Geschädigten stand es frei, vermittels der zivilen actio furti die Tat als deliktum privatum zu verfolgen, oder vermittels der extraordinaria cognitio eine Kriminalstrafe herbeizuführen.

Im Gegensatz hierzu unterscheidet das germanische Recht die erhöhte oder verminderte Strafwürdigkeit bei der Aneignung einer fremden beweglichen Sache nach der Öffentlichkeit oder Heimlichkeit, mit der die Tat begangen wurde. Anders als im römischen Recht belegte das germanische Recht schon sehr früh den Bruch fremden Eigentums mit öffentlicher Strafe. Die offene Wegnahme fremden Eigentums galt als Raub und wurde als Friedensbruch mit öffentlicher Strafe belegt, während das Schimpfliche des Diebstahls, der diebischen, heimlichen Wegnahme und des diebischen Behaltens, in der Heimlichkeit der Tat erblickt wurde. Demgemäß wird schon in der Kapitulariengesetzgebung der Diebstahl mit dem Strang bestraft und galt im Verhältnis zum Raub als das schwerere Delikt.

Eine Definition des Diebstahls findet sich in den deutschen Rechtsbüchern nicht. In den deutschen Volksrechten wird neben Erstattung des mehrfachen Wertes der gestohlenen Sache seitens des Diebes an den Geschädigten, für den kleineren Diebstahl Strafe an Haut und Haar, bei dem größeren an Hals und Hand festgesetzt. Während nach der Lex Saxonum und der Lex Burgundiorum die größeren Diebstähle mit dem Strang bestraft wurden, ob es sich um größere oder kleinere Diebstähle handelte, bestimmte der Wert des gestohlenen Gegenstandes, bestimmte dagegen der Schwabenspiegel allgemein die Todesstrafe für jeden Diebstahl, sei es ein großer oder ein kleiner Diebstahl. Die Strafe des diebischen Behaltens, der Unterschlagung, ist allgemein die Diebstahlsstrafe. Im deutschen Recht findet man schon früh eine Erwähnung von Unterschlagungsfällen. Als typsicher Fall kehrt z. B. immer die Aneignung gefundener Sachen [244]) wieder.

Besondere Bedeutung für die Gestaltung des Diebstahlsbegriffs gewann die Karolina [245]). Im Art. 159 wird z. B. eine ausführliche Aufzählung der erschwerenden Umstände vorgenommen. Allerdings bringt auch die Karolina keine Definition des Begriffes, setzt diesen vielmehr als bekannt voraus. Immerhin fällt die Heimlichkeit wohl als Begriffsmerkmal beim großen Diebstahl fort. Nur im kleinen Diebstahl ist noch zwischen heimlichem und offenem Diebstahl unterschieden. Bei dem schweren Diebstahl qualifiziert der Art. 159 der CCC. den Einsteige- und Einbruchsdiebstahl, sowie den bewaffneten Diebstahl ganz besonders und bestraft sie mit dem Tode. Besonders erwähnt wird außerdem noch der Kirchendiebstahl (Art. 171—174). Hierzu rechnet die Wegnahme geweihter Sachen von geweihtem Ort,

[244]) Sachsenspiegel. II. 29 37.

[245]) Art. 157 und 158 = Kleiner Diebstahl, Art. 160 und 159 großer Diebstahl, Art. 170 = diebisches Behalten (Unterschlagung) PGO. Karls. d. V von 1532.

geweihter Sache von ungeweihtem Ort, und ungeweihter Sache von geweihtem Ort. Grund der Qualifizierung ist die Heiligkeit des Ortes und die Art der Ausführung. Der Monstranzdiebstahl wird mit dem Feuertode, der Diebstahl an goldenen und silbernen geweihten Gefäßen, sowie der Diebstahl durch Einsteigen, Einbrechen oder Aufsperren mit gefährlichem Werkzeug mit dem Tode, oder nach richterlichem Ermessen mit einer anderen, jedenfalls schwereren Strafe als der Diebstahl an weltlichen Gegenständen bestraft. Unter gewissen Voraussetzungen kennt die Karolina auch zwei Arten von privilegiertem Diebstahl: den Familiendiebstahl (Art. 165) und den Diebstahl von Feldfrüchten (Art. 167).

Voraussetzung für den Familiendiebstahl ist zunächst generell, daß er aus Leichtsinn oder Unverstand begangen ist, in diesem Fall ist der Diebstahl unter Ehegatten und der Diebstahl desjenigen, der nächster Erbe der Bestohlenen ist, nach gemeinem Recht zu bestrafen. Dieser Diebstahl ist grundsätzlich Antragsdelikt. — Der Felddiebstahl setzt voraus, daß die Tat bei Tage geschehen ist, nur eßbare Feldfrüchte genommen sind, und kein großer Schade angerichtet ist. In diesem Fall ist der Täter nicht mit einer öffentlichen, sondern mit einer bürgerlichen Strafe zu belegen.

Auch einen Fall der Unterschlagung behandelt die Karolina (Art. 170). Nach dieser Vorschrift ist der diebische Behalter von gutgläubig erhaltenen Sachen gleich einem Diebe zu bestrafen. Auch in dieser Vorschrift fehlt allerdings, wie bisher in allen voraufgegangenen Gesetzen eine begriffliche Unterscheidung zwischen Diebstahl und Unterschlagung, wenngleich auch aus dem Wortlaut der Bestimmung hervorgeht, daß man zwischen dem diebischen Behalter und dem Dieb einen Unterschied machte, der Täter in Art. 170 soll nur „einem Diebe g l e i c h“ bestraft werden.

Die sich im Laufe der Zeit notwendig erweisende Veränderung veralteter Bestimmungen geschah in der Folgezeit durch den Gerichtsgebrauch. Eine systematische und klare Unterscheidung zwischen den beiden Delikten Diebstahl und Unterschlagung geschah auch in der Zeit nach der Karolina so bald nicht. C a r p z o w versuchte zwar in seinen Practica Criminalia [246]) durch Unterscheidung in contrectatio vera und contrectatio ficta den deutschrechtlichen Begriff des diebischen Behaltens zum Unterschied vom diebischen Wegnehmen auch in der Wissenschaft einzuführen. Durch seine allzu enge Anlehnung an den Begriff des römischen Furtum richtete er jedoch mehr Verwirrung an, als er Gutes stiftete, denn die Einzwängung dieser deutschrechtlichen Begriffe in die römischrechtlichen Formen des Furtum machten eine tatsächliche Lösung des Problems unmöglich.

---

[246]) C a r p z o w, Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium. Wittenberg 1635. Zit. in Hellmuth Mayer, „Die Untreue“, München 1926.

Eine der ersten Legaldefinitionen des Diebstahls stellte dann der Codex Juris Bavarici Criminalis auf. Diese Definition wurde in fast wörtlicher Anlehnung an den Begriff des römischen furtum gebildet. Der Gebrauchsdiebstahl war durch die Formel: „nimmt, vorenthaltet oder abnutzet" mit in den Tatbestand aufgenommen. Der Codex Juis Bavarici macht demnach einen Unterschied zwischen Gebrauchs- und Sachdiebstahl ebensowenig, wie zwischen Diebstahl und Unterschlagung [247]).

Das preußische Landrecht [248]) enthält in § 1108, II, 20 Bestimmungen über den Diebstahl. Als Diebstahl wird die gewinnsüchtige Entwendung aus fremdem Besitz bestraft. Über die Unterschlagung enthält das Landrecht nur eine Bestimmung bezüglich der Fundunterschlagung; in § 73, I, 9 wird der Finder einer Sache als Dieb bestraft, wenn er vor dem Richter auf Befragen den Fund ableugnet.

Eine begrifflich klare Unterscheidung zwischen Diebstahl und Unterschlagung arbeitete in der Folgezeit Feuerbach heraus [249]). Das bayrische Strafgesetzbuch von 1813 trennte alsdann zum ersten Male, unter dem Einfluß Feuerbach'scher Gedankengänge, in der Gesetzgebung Diebstahl und Unterschlagung als Eigentumsdelikte, in denen die rechtswidrige Zueignung als das Grundelement des Tatbestandes erscheint und die Art der rechtswidrigen Zueignung den Unterschied zwischen beiden Tatbeständen ausmacht. Damit wurde die moderne Auffassung von Diebstahl und Unterschlagung zum ersten Male im Gesetz anerkannt.

Die im Laufe des 19. Jahrhunderts noch einsetzende Partikulargesetzgebung in den deutschen Einzelstaaten weist genau dieselben Streitfragen auf, die in den verschiedenen Entwürfen zu einem neuen Strafgesetzbuch von 1909 bis 1927 auch eine Rolle spielen. — Zunächst herrscht auch hier der Streit um die Auslegung des Lucri faciendi gratia, d. h. ob Diebstahl und Unterschlagung nur die Absicht rechtswidriger Zueignung als Voraussetzung haben, oder ob gewinnsüchtige Absicht gleichermaßen Tatbestandsmerkmal ist. (Das bayr. Strafgesetzbuch von 1813 fordert z. B. in Art. 209 die Absicht rechtswidriger Zueignung beim Diebstahl, während das österr. Strafgesetzbuch von 1852 voraussetzt, daß der Dieb um seines Vorteiles willen gehandelt haben muß. Über die Bedeutung des Handelns um seines Vorteiles willen siehe die Ausführungen im 1. Teil.)

Auch die Frage der Stellung der Veruntreuung zur Unterschlagung wird verschieden behandelt. Die Partikulargesetzgebung behandelt die Veruntreuung d. h. die Unterschlagung anvertrauter Sachen teils als

---

[247]) Codex juris Bavarici criminalis. Teil I. Kap. 2. § 1. 2. Aufl. München 1771 u. Anm.

[248]) Allgemeines Landrecht für die preuß. Staaten. Druck. b. Nauck. Berlin 1835.

[249]) Feuerbach, Lehrb. d. i. Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Gießen 1803. S. 273 ff.

abgesondertes Delikt, wie z. B. Bayern, während das württ. Strafgesetzbuch von 1839 die Unterschlagung anvertrauter Sachen als besonders schweren Fall der Unterschlagung behandelt. Eine Auffassung, die ja auch das geltende Strafgesetzbuch im Gegensatz zum preuß. Strafgesetzbuch von 1851 einnimmt, welches die Veruntreuung wieder als gesondertes Delikt behandelte.

Es zeigt sich also, daß die beiden Kodifikationen, die als die bedeutendsten des 19. Jahrhunderts angesehen werden müssen, das preuß. und das österr. Strafgesetzbuch, bei der Frage, ob Diebstahl und Unterschlagung Bereicherungs- oder Eigentumsdelikte sind, verschiedene Wege gegangen sind. Während das österr. Strafgesetzbuch denjenigen als Dieb bestraft, der um seines Vorteiles willen eine fremde bewegliche Sache aus eines andern Besitz ohne dessen Einwilligung entzieht, (§ 171 Österr. StGB. v. 1852), bestraft das preuß. Strafgesetzbuch als Dieb denjenigen, der eine fremde bewegliche Sache einem andern in der Absicht wegnimmt, sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen (§ 215 pr. StGB. v. 1851). Diese letzte Fassung ist dann in das geltende Strafgesetzbuch übernommen worden, ohne daß der Streit: „ob gewinnsüchtige Absicht oder nicht" damit erledigt wäre, wie die verschiedenartige Behandlung dieser Frage in den neuen Entwürfen beweist.

VII. Abschnitt.

§ 35. Überblick über die Behandlung von Diebstahl und Unterschlagung in den wichtigsten außerdeutschen Gesetzbüchern.

a. Schweiz.

Diebstahl und Unterschlagung sind bisher in der Schweiz noch nicht einheitlich geregelt, sodaß sich hier in der Behandlung der Delikte in den einzelnen Kantonen erhebliche Unterschiede ergeben. Während z. B. der Kanton Tessin und der Kanton Luzern eine gewinnsüchtige Absicht beim Diebstahl fordern, verlangt der größte Teil der Kantone nur die Absicht rechtswidriger Zueignung als Tatbestandsmerkmal für den inneren Tatbestand. In dem neuen Gesetzbuch für den Kanton Freiburg vom 3. Mai 1924 wird im Zusammenhang mit dem Diebstahl, (Art. 82: Entziehung einer fremden beweglichen Sache in der Absicht, sie sich rechtswidrig zuzueignen) und der Unterschlagung, (Art. 85: Unrechtmäßige Zueignung einer fremden beweglichen Sache, die der Täter gefunden hat, oder die sonstwie ohne sein Zutun in seinen Gewahrsam geraten ist) in Art. 84 die unrechtmäßige Zueignung oder Beiseiteschaffung einer anvertrauten fremden beweglichen Sache, oder eines anvertrauten Wertes (Geldsumme) bestraft.

Eine einheitliche Stellungnahme der schweizerischen Gesetzgebung besteht demnach zu dieser Frage nicht [250]).

b. Frankreich.

Auch in Frankreich ist in dieser Beziehung eine einheitliche Auffassung, ob Diebstahl ein Eigentums- oder ein Bereicherungsdelikt sei, nicht vorhanden.

Art. 379 des Code pénal lautet: Quiconque a soustraix frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas, est coupable de vol.

Aus der Fassung geht zunächst hervor, daß der Begriff des „vol" weiter geht, als der deutsche Diebstahls-Begriff, er umfaßt auch noch die Unterschlagung mit. Demnach erfordert „vol" auch keinen unmittelbaren Angriff auf den Gewahrsam. Da die Motive „le vol" als ein „attentat à la propriété" bezeichnen, ist er wohl als Eigentumsdelikt aufzufassen, was dadurch bestätigt wurde, daß „frauduleusement" von der herrschenden Meinung nicht als gewinnsüchtige Absicht aufgefaßt wird. Die Ansichten sind jedoch, wie oben gesagt in Theorie und Praxis keineswegs einheitlich.

c. Belgien und Luxemburg.

Die Strafgesetzbücher v. Belgien und Luxemburg stimmen wörtlich mit der Fassung des französichen code pénal überein, auch hier bestehen dieselben Streitfragen, wie im französischen Recht.

d. Italien.

Das italienische Strafgesetzbuch von 1889 definiert in Art. 402: Wer sich einer fremden beweglichen Sache bemächtigt, um daraus Vorteil zu ziehen, indem er dieselben von dem Ort, wo sie sich befindet ohne Einwilligung dessen, dem sie gehört, wegnimmt, wird mit Einschliessung bis zu 2 Jahren bestraft. In Art. 417 wird definiert: Wer sich eine fremde bewegliche Sache zueignet, welche ihm aus irgend einem zur Rückgabe verpflichtenden Grunde anvertraut oder übergeben ist, indem er die Sache zu seinem oder eines Dritten Vorteil verwendet, wird bestraft.

Der Entwurf eines neuen italienischen Strafgesetzbuches von 1927 [251]) enthält in Art. 642 und 665 Bestimmungen, die zwar im Wortlaut etwas, im Sinne jedoch nicht von den Vorschriften des alten StGB. abweichen, neu ist nur die Hereinnahme der Entziehung elektrischer Energie in den Tatbestand des Diebstahls.

---

[250]) Stooss. Grundzüge des schweizerischen Strafrechts. Bd. II. S. 67 f. Basel 1893.

[251]) Inzwischen, d h. zur Zeit des Drucks der Arbeit ist der italienische Strafgesetzentwurf Gesetz geworden; ob in der hier besprochenen Form entzieht sich der Kenntnis des Verfassers.

Trotzdem die Worte „Vorteil ziehen“ und „zu seinem oder eines Dritten Vorteil verwenden“ so klingen als sei damit die Bereicherungsabsicht in Diebstahl und Unterschlagung festgelegt, ist dem in Wirklichkeit nicht so und zwar weder im Strafgesetzbuch von 1889 noch in dem Entwurf von 1927, welcher dieselbe Wendung gebraucht, wie das Gesetz von 1889. Harburger [252]) betont, daß der Begriff „Vorteil ziehen“ keinen Tausch- oder Handelswert der Sache voraussetzt, vielmehr ein indirekter Vorteil zur Verwirklichung des Tatbestandes ebenso wie ein moralischer Vorteil genügt. Entgegen der Ansicht Harburgers, der beim Diebstahl aus den erwähnten Gründen keine Bereicherungsabsicht für erforderlich hält, wohl aber bei der Unterschlagung, spricht doch der Wortlaut der Bestimmungen dafür, daß es sich, wenn in dem einem Falle, auch im andern Falle um ein Eigentumsdelikt handelt. Es besteht keine Veranlassung, zwischen dem Ausdruck „Vorteil ziehen“ und „zum Vorteil verwenden“ einen Unterschied dem Sinne nach zu machen.

Die italienische Definition entscheidet sich ihrer Fassung nach für keine der beiden Ansichten, ob Bereicherungs- oder Eigentumsdelikt endgültig. Maßgebend ist nicht allein die Absicht rechtswidriger Zueignung, sondern die Besitzergreifung um Vortel aus der Sache zu ziehen. Da aber unter Vorteile nicht lediglich Vermögensvorteile, sondern auch Vorteile moralischer Art zu verstehen sind, (nach Harburger), ist auch nicht die gewinnsüchtige Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, notwendig.

e. England.

Das englische Recht kennt zunächst eine Legaldefinition des Diebstahls nicht. (Nach Stephen. Digest of Criminal Law. 7 Edition 1926. Zit. b. Fries. a. a. O S. 90, ist Diebstahl: The felonious taking and carrying away of things personal, with the intent to deprive the rightful owner of the same). Diese Fassung läßt darauf schließen, daß Diebstahl nach englischer Auffassung ein Eigentumsdelikt ist. Aus dem Nachsatz geht jedoch hervor, daß der Eigentümer durch die Tat geschädigt sein muß, außerdem können nach Harburger (S. 227) nur geldwerte Sachen Gegenstand des Diebstahls sein. Auch im englischen Recht ist eine klare Stellungnahme für die eine oder andere Richtung im Streit der Meinungen über die Natur des Diebstahls nicht vorhanden. Eine klare Stellungnahme ist jedoch auch im englischen Recht weniger von Bedeutung als in andern Ländern da hier tatsächlich die äußerste Beschränkung der Zahl der eigentlichen Richter (für ganz England etwa 25!) eine erhebliche Vereinheitlichung der Rechtssprechung bei den wichtigsten Fragen ermöglicht, Bagatell-

[252]) Harb. S. 246.

sachen werden vor dem Magistrate = Friedensrichter erledigt, der als nicht Rechtsgelehrter in größerem Maße, als das in anderen Ländern der Fall ist, die Volksauffassung vertritt, ein Begriff, der in England daher in viel stärkerem Maße zur Geltung kommt, als in andern Ländern.

f. Niederlande.

Das niederländische Strafgesetzbuch steht ganz klar auf dem Standpunkt der Eigentumsdeliktstheorie. Art. 310 definiert: Wer eine Sache, die ganz oder zum Teil einem andern gehört, wegnimmt, in der Absicht, sie sich zuzueignen, wird wegen Diebstahls bestraft. Art. 321 lautet: Wer absichtlich eine Sache, die ganz oder zum Teil einem andern gehört, und die er auf andere Weise als vermittels einer strafbaren Handlung in Gewahrsam hat, sich widerrechtlich zueignet, wird bestraft. Hieraus geht die Auffassung des niederländischen Rechts klar hervor; daß „Zueignung" eine andere Bedeutung als im Deutschen Recht haben sollte, dafür besteht kein Anhaltspunkt.

g. Norwegen.

Das Norwegische Strafgesetzbuch von 1902 bringt in den §§ 257 und 255 Tatbestände, die wohl auf dem Standpunkte der Vermögensdeliktstheorie stehen. § 257: Des Diebstahls schuldig ist, wer ohne Einwilligung des Besitzers eine Sache, die ganz oder teilweise einem andern gehört, in der Absicht, sich oder einem andern einen unrechtmäßigen Gewinn zu verchaffen, wegnimmt. Entsprechend lautet der Tatbestand der Unterschlagung: § 255: Wer in der Absicht, dadurch sich oder einem andern einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen, sich eine bewegliche Sache rechtswidrig aneignet oder den Besitz einer ihm anvertrauten beweglichen Sache leugnet, oder sie veräußert oder verbraucht, oder wer dazu mitwirkt, ist der Unterschlagung schuldig.

Daß die Tatsache, der Notwendigkeit, sich durch die Aneignung einen unrechtmäßigen Gewinn verschaffen zu wollen nicht ein blosser moralischer Gewinn zu sein braucht, geht schon daraus hervor, daß das norwegische Strafgesetzbuch in § 392 noch einen Tatbestand der Aneignung ohne Gewinnabsicht enthält, womit dargetan wird, daß die weggenommene oder unterschlagene Sache notwendig einen Tausch- oder Handelswert haben muß.

Die Auffassung über das Wesen der Unterschlagung ist, wie oben gezeigt, auch in den außerdeutschen Strafgesetzbüchern keineswegs einheitlich. Auch dort sind großenteils die Streitfragen dieselben, wie im deutschen Strafrecht. Insbesondere über die Frage, ob Diebstahl und Unterschlagung Eigentums- oder Vermögensdelikte sind, herrscht dort ebensowenig Klarheit, wie im deutschen Recht.

Lebenslauf.

Ich, Günter Steffens, wurde am 11. Mai 1908 zu Köln als Sohn des Augenarztes Dr. med. Paul Steffens und seiner Frau Clara geb. Sigle geboren. Ich besuchte von Ostern 1914 bis Ostern 1918 die städt. Vorschule zu Obershausen (Rhld.), dann von Ostern 1918 bis Ostern 1927 das königliche, später staatliche Reformrealgymnasium zu Oberhausen (Rhld.), welches ich Ostern 1927 mit dem Reifezeugnis verließ. Ich studierte sodann Rechtswissenschaft und zwar vom Sommersemester 1927 bis zum Sommersemester 1928 an der Universität Tübingen, dann im Wintersemester 1928/29 an der Universität Kiel. Weiter studierte ich dann im Sommersemester 1929 bis zum Sommersemester 1930 an der Universität Münster. Ich ließ mich im Sommersemester 1930 von der Universität beurlauben und bestand im November 1930 beim Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Seit dieser Zeit befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf.

Der Tag meiner mündlichen Prüfung war der 27. Juli 1932.